



НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ
АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

РАДА АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

ПІДГОТОВКА АДВОКАТА ДО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

УДК 347.965
ББК 67.75 (4Укр)
347

Практичний посібник підготовлено відомим адвокатом, Головою комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності Національної асоціації адвокатів України **Зейканом Ярославом Павловичем**. Посібник є третьою роботою автора у серії методичних матеріалів Національної асоціації адвокатів України.

Зейкан Я. П.

347 Підготовка адвоката до цивільного процесу / Я. П. Зейкан. — Х. : Фактор, 2017. — 176 с.

ISBN 978-966-180-713-5

Практичний посібник присвячено особливостям підготовки адвоката до цивільного процесу. Своє завдання автор убаचाє в тому, щоб представити цивільне судочинство зсередини, вручити громадянам ключик від воріт правосуддя, тобто надати практичну допомогу у веденні ними цивільних справ у суді.

УДК 347.965
ББК 67.75 (4Укр)

ЗМІСТ

РОЗДІЛ І. КОНСУЛЬТАЦІЙНА РОБОТА АДВОКАТА	5
Прийом громадян у консультації	5
Проведення співбесіди.....	6
Перша стадія — зустріч і встановлення «правил гри»	6
Вільний виклад суті звернення	10
З'ясування правової позиції та хронології подій.....	12
Резюмування.....	13
Завершення співбесіди	14
Консультування.....	15
РОЗДІЛ ІІ. РОЗРОБЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ У СПРАВІ	18
Попередні висновки щодо права на пред'явлення позову	18
Законодавство про цивільне судочинство	21
Право на звернення до суду за захистом.....	26
Третейська угода	34
Проблеми юрисдикції.....	35
Про способи захисту (ст. 4 ЦПК).....	43
Про звернення до суду з вимогою про визнання договору неукладеним	48
Про основні засади (принципи).....	49
Про мету позову	55
РОЗДІЛ ІІІ. ПІДГОТОВКА АДВОКАТОМ ДОКАЗОВОЇ БАЗИ	57
Одержання доказів у сучасних умовах	57
Про способи одержання інформації.....	65
Попередня оцінка та тлумачення змісту доказів і положень закону	69
Доказування. Звільнення від доказування	71
Усні докази	80
Письмові докази	82
Речові докази	84

Експертиза	86
Витребування доказів	94
Доручення щодо збирання доказів. Забезпечення доказів	96
Предмет доказування. Належність і допустимість доказів	101
Підстави позову	107
РОЗДІЛ IV. ОСОБИ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВІ	111
Сторони	111
Заміна неналежного відповідача	129
Треті особи	133
Треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору	134
Треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору	137
Процесуальне правонаступництво	142
РОЗДІЛ V. СКЛАДАННЯ ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ	146
ПІСЛЯМОВА	173

РОЗДІЛ І. КОНСУЛЬТАЦІЙНА РОБОТА АДВОКАТА

ПРИЙОМ ГРОМАДЯН У КОНСУЛЬТАЦІЇ

Поради адвоката — важлива складова його діяльності, яка потребує спеціальних навичок і високої кваліфікації. Помилки адвоката під час підготовки судової справи можливо інколи виправити у процесі: можна змінити підставу, предмет або розмір позову, заявити клопотання про допит нових свідків, витребування додаткових доказів. Однак помилка під час консультативного прийому може виявитись непоправною.

Щоб дати пораду з будь-якого питання, потрібно спочатку з'ясувати його суть. Отже, консультування як вид правової допомоги охоплює принаймні два етапи: з'ясування суті питання, яке досягається шляхом співбесіди з довірителем, одержання від нього інформації, що має правове значення, на основі якої адвокат може дати пораду, довідку чи консультацію. Для початкуючих адвокатів це становить проблему.

Людині, яка звернулася до адвоката, здається, що вона висловлюється зрозуміло, ясно, доступно викладає зміст обставин, щодо яких бажає отримати консультацію. Насправді здебільшого це не так. Крім того, адвокат і людина, яка звернулася за консультацією, думають по-різному. Адвокат шукає юридичні факти, такі собі больові точки, які є визначальними для з'ясування проблеми. Клієнт, навпаки, через схвильованість, роздратування, неприязнь дає емоційні оцінки тим чи іншим обставинам і не може послідовно й об'єктивно викласти фактуру справи, затримує свою увагу на другорядних деталях. Від адвоката вимагається багато такту, врівноваженої доброзичливості й уваги, щоб створити спокійну ділову обстановку щодо співбесіди.

Вміння слухати — одна з найцінніших професійних якостей людини. Це рідкісний талент, і якщо адвокат не наділений таким талантом, йому слід працювати над тим, щоб виробити таку навичку. Вислуховуючи людину, адвокат має короткими, точними і прозорими запитаннями перевести розмову до суті справи, не затримуючись на другорядних деталях. Не зрозумівши хід думок співрозмовника, неможливо його переконати.

Мета співбесіди полягає в тому, щоб:

- одержати від довірителя якомога повнішу інформацію, яка має правове значення для вирішення проблеми;
- дати довірителю вичерпну інформацію з питання, яке його цікавить;

- роз'яснити довірителю можливі варіанти вирішення проблеми;
- висвітлити можливі правові та неправові наслідки кожного з варіантів вирішення проблеми;
- допомогти довірителю обрати найприйнятніший для нього варіант поведінки;
- посприяти у реалізації обраного варіанта рішення шляхом визначення стратегії і тактики юридичних дій в інтересах довірителя.

ПРОВЕДЕННЯ СПІВБЕСІДИ

У своїй професійній діяльності адвокат має справу з різними життєвими ситуаціями. Їм потрібно дати правову оцінку, зробити відповідні висновки й надати вичерпні пояснення. Отже, адвокат з'ясовує факти та дає їм правову оцінку. Установки ж клієнта визначаються почуттям несправедливості, допущеної щодо нього, яка, як йому здається, є очевидною.

Проблема одержання інформації та з'ясування, що потрібно клієнту, — це передусім завдання самого адвоката. Людина приходить до адвоката з певними установками та своєю оцінкою ситуації, і якщо ситуація вимагає зміни цих оцінок, адвокату належить докласти чимало зусиль для цього.

Тому адвокат має продумати, як провести співбесіду з найбільшою ефективністю. Різні ситуації вимагають певних особливостей і прийомів щодо проведення співбесіди й опитування. Втім є певні стадії, яких слід дотримуватись.

Стадії співбесіди

1. Зустріч, перше знайомство, визначення «правил гри».
2. Вільний виклад довірителем суті свого звернення.
3. З'ясування характеру правових проблем довірителя та хронології подій.
4. Висновки.
5. Завершення співбесіди.

Такий умовний поділ співбесіди дозволяє адвокату з'ясувати особливості справи, які належить встановити у процесі зустрічі.

ПЕРША СТАДІЯ — ЗУСТРІЧ І ВСТАНОВЛЕННЯ «ПРАВИЛ ГРИ»

Для першої стадії важливо встановити психологічний контакт з людиною, викликати у неї довіру. На встановлення довіри впливають

свідомі та підсвідомі фактори. Свідомі фактори ґрунтуються на знанні про людину, відомостях про репутацію адвоката. Підсвідома ж довіра від нашого знання про людину не залежить. Вона визначається схожістю співбесідників, збігом їхніх внутрішніх установок. На думку психологів, спілкування визначається переважно рівнем підсвідомої довіри чи недовіри.

Адвокат має прилаштуватися під свого клієнта, створити для нього відповідну атмосферу. Тут важливі деталі: сидіти у невимушених позах, обличчям один до одного (на дивані або за журнальним столиком), світло має бути м'яким, не надто яскравим, не має бути побічних шумів і сторонніх осіб.

Адвокат має спілкуватись з довірительом мовою, яка для останнього ближча або є рідною. І якщо це російська, то розмову можна вести російською. Адвокати Закарпаття для досягнення психологічного контакту з клієнтом нерідко переходять на закарпатську говірку, яка збереглася там з X століття. Угорці, які живуть у Закарпатті, віддають перевагу адвокатам, які володіють угорською. Тому там адвокати, які володіють угорською, мають постійну клієнтуру серед місцевих угорців (мадярів).

Є категорії людей (трапляються вони і серед адвокатів), які вважають, що використання малозрозумілих термінів підвищує їхній інтелектуальний статус, засвідчує компетентність і вченість. І ми чуємо з телебачення, у виступах юристів і політиків такі слова, як «меседж», «конгруентність», «фрайчайзінг», «суперфіцій», «факторинг», «аттракція», «креативний» тощо. Один з політиків висловив думку, що про складні речі не можна говорити простими словами. З цим важко погодитись. Використання таких слів, надто на початку розмови, підсвідомо викликає недовіру до адвоката, який одразу починає використовувати малозрозумілі терміни.

Вміння лаконічно, чітко і зрозуміло для всіх висловити думку — важлива професійна навичка, яку адвокат (і не лише він) має шліфувати протягом життя. По суті це запорука життєвого успіху. Про одного з політиків представник президента США Гаррі Гопкінс висловився так: (він) «жодного разу не повторився. Він говорив влучно і прямо... Здавалось, що розмовляєш з чудово урівноваженою машиною... Його питання були ясними, короткими і прямими... Його відповіді були швидкими, недвозначними, вони вимовлялись так, начебто були обдумані багато років тому». До речі, саме так — коротко, чітко, недвозначно і прямо належить виступати перед судом свідку або представнику, який дає пояснення.

Адвокат має бути готовий до спілкування з різноманітними типами людей. Одні з них нагадують довірливу дитину, яка не бажає усвідом-

лювати те, що говорить адвокат, і брати участь у обговоренні: «Я і так нічого не розумію», «Дійте так, як вважаєте за потрібне», «Робіть так, як вважаєте за краще». Інші просять про допомогу, але не вірять в успіх, сумніваються у пропозиціях, які дає адвокат, і зовсім не впевнені у власних силах: «Все даремно», «Нічого не вийде», «Все вже куплено другою стороною» тощо. Є вперті довірителі, які визначились для себе з позицією, яку вважають єдино справедливою та правильною, і, вчепившись за один певний факт, не враховуючи жодні інші аргументи, обставини та юридичні аспекти, наполегливо стоять на своєму. Є особи, які наперед вже вороже налаштовані до адвоката: «Всі ви одним миром мазані...» І як тільки пояснення адвоката з точки зору перспективи справи їх не влаштовують, вони зразу починають нападки на самого адвоката. Адвокат має навчитись перетворити будь-якого клієнта на союзника.

Ведучи розмову, адвокат має справляти цілісне враження на довірителя. Його голос і поза мають відповідати словам, які він говорить. Якщо адвокат сидить згорблений, дивиться собі під ноги, монотонно й повільно промовляє, що «постарається допомогти», що «все можна вирішити», його вигляд не відповідає змісту слів і викликає недовіру на підсвідомому рівні.

Адвокат має постійно вчитися культурі спілкування. Бачити себе з боку, критично оцінювати свою поведінку, аналізувати невдачі, доцільність застосування тих чи інших слів, робити все для того, аби співрозмовник відчував себе комфортно у спілкуванні. Слід пам'ятати про важливість таких елементів спілкування, як поза, рухи, міміка, жести, тембр голосу, його сила, інтонація, висота тощо.

Звичайно, переконливість аргументів значною мірою залежить від того, наскільки адвокат користується авторитетом. На свій авторитет адвокат має працювати все життя (до речі, як і в будь-якій іншій сфері діяльності). Високий професіоналізм, визнання оточення та колективу підвищують статус особи та її імідж. Недопустимо принижувати статус та імідж співрозмовника. Будь-яка неповага до довірителя викликає зазвичай негативну реакцію. Адвокати любляють вказувати на помилку співрозмовника або його неправоту, що негативно впливає на імідж критикованого. Це сприймається, як правило, болісно, провокує спір і навіть конфлікт. Тому якщо все ж таки потрібно вказати на неправоту людини, її слід викласти у формі, яка не буде образливою. Наприклад: «Очевидно, вам не були відомі зміни у законодавстві, які давали право...», «У цьому становищі навіть досвідчений юрист міг помилитися, а ви залишилися наодинці у такій неприємній ситуації...».

Слід також пам'ятати, що до аргументів приємного нам співрозмовника ми ставимось поблажливо, а до доводів неприємного — критично.

Якщо бажаєте переконати співрозмовника, навіть надаючи йому консультацію, починайте не з моментів, з якими ви не погоджуєтесь з оцінкою довірителя, а з того, з чим ви згодні з ним. Здатність до розуміння емоційного стану іншої людини у формі співчуття, співпереживання у психології називають емпатією. Вона дозволяє краще зрозуміти людину, уявити хід її думок, «влізити в її шкіру». Довіритель приходить не лише для того, щоб одержати консультацію. Йому хочеться, щоб зрозуміли його емоційний стан, його образи і допущену щодо нього несправедливість.

Тому для адвоката діє імперативне правило: проявіть емпатію до співрозмовника й уникайте слів і дій, які можуть призвести до конфлікту (конфліктогенів). Під час проведення бесіди важливо перевірити, чи правильно ви із співрозмовником розумієте один одного. Відомо, що в англійській мові 500 найчастіше вживаних слів мають у середньому по 28 значень. Російська у українська тут не є винятком. Тому буде корисно уточнити думку співрозмовника: «Чи правильно я зрозумів вас?», «Іншими словами, ви вважаєте...», «Що ви маєте на увазі?», «Чи можна про це детальніше...».

Якщо ви розпитуєте особу про ті чи інші обставини, ви підвищуєте його статус і потребу в повазі. Питання задає напрям думок, але робить це не так нав'язливо, як пряме твердження. До речі, точно поставлене запитання може бути і потужним аргументом.

Приклад. *Авраам Лінкольн (коли ще був адвокатом) на суді за позовом пароплавних компаній, які домагались заборони будівництва моста через Міссісіпі, виступав захисником будівельників. У короткій промові він, висловивши захоплення блискучим виступом адвоката-суперника, поставив риторичне запитання: невже у громадянина більше прав мандрувати рікою, ніж перетинати її? Це питання вирішило справу на користь будівельників мосту.*

Отже, прямолінійне твердження — не завжди найкращий шлях у консультуванні або ж навіть виступі у суді. Риторичне запитання змушує співрозмовника або навіть суддю самому дати відповідь, принаймні для себе.

Іноді важливо натякнути співрозмовнику, що ключову ідею почерпнуто саме в нього. Цим самим підвищується його статус. Якщо ж нічого схожого співрозмовник не говорив, то можна запропонувати замість «авторства» «співавторство». Іноді й цього буває достатньо, щоб схилити людину на свій бік.

Ще одне правило: будьте лаконічні. Історія зберегла реакцію спартанців на промову оратора: «Початок твоєї промови ми забули, середину промучились і лише кінець нас порадував».

Отже, на першому етапі співбесіди виникає питання про часові межі зустрічі. В адвоката може бути призначена наступна зустріч, і якщо не обумовити тривалості бесіди, то можна з самого початку співпраці погіршити відносини з довірителем. Якщо співбесіда затягнулася, як це іноді буває, і наближається час наступної зустрічі, доводиться спішно завершувати розмову, прохати довірителя «зайти іншого разу» тощо. Аби цього не сталося і з поваги до довірителя доцільно вже на початку визначитись з часом, який сторони мають для проведення розмови.

Важливо також визначитись з порядком проведення співбесіди. Наприклад, можна домовитись з довірителем про те, що спочатку він сам розповість все, що визнає за потрібне, про проблеми, що у нього виникли, а потім адвокат поставить уточнюючі запитання чи перепитає, якщо йому щось незрозуміло. Або можна домовитись, що адвокат уточнюватиме ті чи інші питання у процесі розмови. Якщо адвокат наперед не домовиться про певний порядок, то довіритель може бути роздратований тим, що йому не ставлять запитань або, навпаки, адвокат його перебиває своїми запитаннями.

Співбесіда означає, що адвокат розпочав роботу. Виникає потреба в укладенні договору, а отже, і вирішення завжди актуального для адвоката питання про оплату праці. Як правило, питання про оплату консультації адвоката ставлять після закінчення бесіди, оскільки на початку розмови важко визначити вартість юридичної допомоги та навіть предмет договору. Втім якщо людина з перших же слів заявляє, що їй потрібно скласти певний документ, то на практиці адвокат одразу повідомляє орієнтовну суму вартості такої роботи.

ВІЛЬНИЙ ВИКЛАД СУТІ ЗВЕРНЕННЯ

Довіритель у довільній формі викладає обставини, які змусили його звернутись до адвоката. На цьому етапі адвокат одержує первинну інформацію про справу, про довірителя, його проблеми, а також про те, що він очікує від зустрічі з адвокатом. Розповідь довірителя дає можливість адвокату скласти для себе враження про довірителя, його культурний та інтелектуальний рівень, характер, що корисно для визначення лінії поведінки з цією людиною. Доповідь довірителя дозволяє зробити перші висновки про реальність очікувань людини

та загальне уявлення про події, які привели цю людину до адвоката. Таку доповідь доцільно записати на диктофон, якщо проти цього не заперечує клієнт.

Здебільшого адвокат не поспішає із запитаннями, приглядається до людини, робить попередні висновки для себе, виділяє ключову проблему, яка впливає з розповіді довірителя. Багатьом адвокатам відомий стан нетерпіння, коли людина повторюється або переходить на обставини, які безпосередньо справи не стосуються. В цих ситуаціях потрібно утримуватись від реплік на кшталт «це справи не стосується», «це не має значення», «ці подробиці зайві», які можуть призвести до того, що довіритель пропустить якусь важливу деталь.

Якщо довіритель надмірно зациклюється на своїх взаємовідносинах з іншими людьми або відволікається на сторонні речі, які не пов'язані безпосередньо з його проблемою, в цьому разі доцільно поставити кілька запитань, які б змусили довірителя визнати, що не вони є головними у цій справі, що не за вирішенням цих питань він звернувся до адвоката. Але навіть такі питання слід ставити обережно, не викликати роздратування у довірителя.

Іноді особа, розпочавши монолог, не може зупинитись через хвилювання і бажання виговоритись. Тоді рекомендують припинити такий словесний потік шляхом перетворення «уважної мовчанки» в «невербальну демонстрацію відсутності інтересу до того, що розповідає довіритель. Це робиться шляхом зміни пози, наприклад, відкинувшись на спинку крісла, адвокат перестає підтримувати розмову схвальними репліками: «так, розумію...», «так, так, продовжуйте...», припинення зорового контакту, відведення очей у бік тощо. Проте якщо і це не допомагає, доведеться у ввічливій формі просити відповіді на запитання, які виникли з приводу повідомленого. Зазвичай адвокат не поспішає з оцінками і не приєднується до тих оцінок, які вже висловив довіритель.

На практиці все відбувається далеко не так, як рекомендують. Якщо адвокат впевнився, що довіритель самостійно не може хоча б у загальних рисах визначити свої правові проблеми, він переходить до запитань, спрямовуючи довірителя на виявлення правових проблем. Досвідчений адвокат усвідомлює, що клієнт почав ходити зачарованим колом власних емоцій і переживань і його треба спрямувати у потрібну площину. Втім при цьому адвокат натрапляє на ризик втратити клієнта, який може дійти висновку, що його не вислухали належним чином.

Тому вміння вислухати людину вважають одним із найцінніших професійних навиків або, як кажуть психологи, якістю, що свідчить про «комунікативну компетентність».

З'ЯСУВАННЯ ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ ТА ХРОНОЛОГІЇ ПОДІЙ

Під час першої зустрічі з довірительом адвокат ще не знає, якого характеру консультація потрібна. Чи виникне потреба консультувати щодо кримінального судочинства, адміністративної юрисдикції або у цивільній справі. Кожна сфера правових відносин має свою специфіку.

У процесі співбесіди адвокат виділяє юридично значимі факти, за потреби занотовує їх до записника або з дозволу довірителя здійснює звукозапис, встановлює хронологію подій, важливих для справи. І якщо довіритель має намір звернутися у суд (у порядку цивільного або адміністративного судочинства), адвокат з'ясовує можливий предмет і підставу такого позову, коло наявних доказів, а також можливість їх одержання в інших осіб, наявність свідків і можливість їх виклику до суду.

У літературі вжито термін про прийоми «слухання через порозуміння» (рос. — «понимающего слушания»), яке полягає у постановці уточнюючих і деталізованих запитань. Використовують запитання у такій формі: «Вибачте, я не зовсім зрозумів...», «Уточніть, будь ласка, як...», «Що ви мали на увазі, коли говорили про...» тощо. Наступним прийомом, який з давніх-давен використовують адвокати, є перефразування, наприклад: «Інакше кажучи, ви стверджуєте, що...» або «Якщо я вас правильно зрозумів, то...», «Чи правильно я вас зрозумів...».

Для полегшення роботи окремі адвокати практикують виготовлення таблиць з наперед заготовленим переліком запитань, які найчастіше трапляються. Як правило, адвокат ставить запитання на основі одержаних у процесі вільної розповіді даних, передусім звертаючи увагу на хронологію подій. Тобто це стандартні запитання про те, що сталося з довірительом, коли, хто був учасником подій, яким чином і в якій послідовності вони розвивались, до яких наслідків призвели.

Часто трапляється ситуація, коли адвокат не розуміє, в чому суть правової проблеми довірителя. Тоді відверто потрібно запитати: «Як ви гадаєте, яку допомогу я можу вам надати?» або «Скажіть, будь ласка, для чого ви прийшли до мене? Чим я можу зарадити?»

Адвокати використовують різні прийоми для з'ясування справи. Один з таких прийомів юристи називають «технологією лійки» (рос. — «воронки»). Його суть полягає в тому, що запитання ставлять, починаючи з найбільш загальних та поступово переходячи до вузьких, уточнюючих питань.

Ще один технологічний прийом одержав назву «камінного димоходу (комину)». Суть цього прийому полягає у послідовному дослідженні фактів, які належать до однієї і тієї ж сфери відносин. Наприклад,

з'ясовуються групи питань, які стосуються правового режиму квартири, потім — коло співвласників, відтак — можливі спадкоємці тощо. Тобто питання з'ясовуються певними блоками і за певною послідовністю, яка, на думку тих, хто дав цю назву, витягує інформацію, як витяжна труба, складена з блоків-цеглин.

Можна використовувати й інші системи допиту, характерні, наприклад, для кримінальних справ. У реальності під час опитування насамперед звертають увагу на хронологію подій.

Якщо довіритель бажає звернутися до суду, то перш ніж приступити до підготовки матеріалів, потрібно відповісти на ключове питання: чи можна позитивно вирішити справу у суді, чи обґрунтовані вимоги, які ставляться.

«Висновок правової позиції — результат аналізу пояснень довірителя та дослідження документів, які стосуються справи. Значення для справи мають тільки юридичні факти, тобто факти, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин». Пояснення довірителя на предмет їх достовірності мають бути перевірені, але не завжди це потрібно демонструвати надто відверто, щоб у довірителя не склалося враження, що ви йому не вірите. Крім того, одержана інформація може бути недостатньою для вироблення певних висновків. Адвокат має це усвідомлювати і якщо є можливість — доповнити цю інформацію з інших джерел, пояснень осіб, які можуть бути свідками, ознайомитись з додатковими документами тощо.

Позиція у справі — це результат, якого хоче домогтися особа або її представник, лінія поведінки в суді, розроблена й спрямована на досягнення позитивного результату. Правова позиція містить дві основні складові — законність вимог або спірного інтересу і можливість довести в суді ці вимоги.

РЕЗЮМУВАННЯ

На основі одержаної інформації адвокат викладає події, що містять юридичні проблеми довірителя, у хронологічному порядку. Тобто на цій стадії він відбирає юридично значимі обставини і знову перевіряє, чи правильно зрозумів те, в чому полягають правові проблеми довірителя, чи не припустив помилки у хронології подій тощо.

Значення резюмування полягає в тому, що допущену адвокатом помилку у встановленні юридично значимих фактів у їх послідовності можна усунути своєчасно за допомогою клієнта. Під час викладення обставин адвокатом може бути виявлено, що клієнт з чимось не згоден, щось його

турбує і він знову повертається до своїх пояснень. Адвокат має бути терплячим, хоча це нелегко, і все-таки довести до кінця з'ясування всіх обставин та усунення причин, які турбують клієнта.

У будь-якому разі неприпустимо висловлювати своє роздратування або давати оцінку інтелектуальним можливостям клієнта, неспроможного логічно та послідовно викласти свої думки. Зміщення акцентів та використання реплік на кшталт «Як ви не розумієте, що...» або «Адже кожному зрозуміло, що...» переводить діалог з конструктивного обговорення на оцінювання особистих якостей довірителя, що може призвести до неприязні та психологічного антагонізму. Важливо одержати підтвердження клієнта, що адвокат його правильно зрозумів.

У відомому детективному серіалі Рекса Стаута помічник легендарного детектива Ніро (Нерона) Вулфа Арчі Гудвін обов'язково веде записи зустрічей з клієнтами та складає коротке резюме. Адвокат має взяти собі за правило викладати письмове резюме за підсумками зустрічі та вести відповідний архів таких записів або здійснювати звукозапис розмови.

ЗАВЕРШЕННЯ СПІВБЕСІДИ

Хоч яким би підготовленим був адвокат, життя підкидає такі правові ситуації, які або не мають однозначного вирішення, або ж неможливо одразу дати на них вичерпну відповідь. І навіть якщо обставини більш-менш зрозумілі для адвоката, йому потрібен певний час, аби ще раз проаналізувати одержану інформацію. Іноді адвокати (зазвичай молоді юристи) поспішають з висновком, намагаючись продемонструвати компетентність і підготовленість, що може призвести до серйозних помилок. Є ситуації, коли одержаної інформації недостатньо для висновку, потрібно одержати додаткові документи та час, щоб ознайомитись з ними. Тоді варто перенести зустріч. Навіть у випадку, коли адвокат уже склав свою думку щодо правової ситуації, доцільно зробити невеличку перерву, попросивши довірителя під пристойним приводом зачекати.

Якщо фактів недостатньо, але адвокат все ж вирішив дати консультацію, потрібно попередити клієнта, що правовий висновок, який він дає (консультацію), ґрунтується на обмежених фактах, а тому ця консультація є неповною або попередньою. При цьому адвокат має роз'яснити, якої інформації не вистачає, як її здобути, в якому вигляді вона має бути надана. В деяких випадках адвокат може підготувати письмову пам'ятку про те, що належить додатково надати і де цю інформацію можна одержати. Проблема може стосуватись питання, яким адвокат

володіє недостатньо і через його складність не готовий запропонувати способи вирішення.

Отже, якщо адвокат переконаний, що зможе заповнити прогалину в певній галузі знань, то він може запропонувати перенести зустріч на інший час. У цьому випадку довіритель погоджується на подальшу зустріч або вибирає собі іншого адвоката.

КОНСУЛЬТУВАННЯ

Консультація потребує певних професійних навичок. Консультацію визначають як процес взаємодії адвоката та довірителя з приводу проблеми останнього та з метою виявлення можливих правових варіантів та їх наслідків, з'ясування шляхів і способів реалізації обраного варіанта вирішення проблеми.

Адвокат у процесі консультування має не лише добре знати право, а й володіти вмінням аналізувати фактичну інформацію, орієнтуватись у нормативному матеріалі та знаходити правову основу для вирішення проблеми довірителя, а також вміти вишукувати альтернативні способи вирішення проблеми. Адвокат має не тільки вказати на можливі способи вирішення проблеми, а й спрогнозувати як позитивні, так і негативні наслідки таких дій.

Показником професійної майстерності адвоката є його вміння моделювати правові ситуації на базі одержаної інформації. Консультуючи довірителя, адвокат має не лише роз'яснити ті чи інші положення закону та практики їх застосування, а й перевірити, чи правильно довіритель його зрозумів. Адвокат має потурбуватись, щоб клієнт усвідомив, чим йому загрожує і що передбачає та чи інша дія. Адвокат вибудовує відносини з довірителем, спираючись на його інтереси. Такий підхід одержав назву «опори на довірителя». Це, звичайно, не означає, що адвокат повинен танцювати під дудку клієнта. Опора на довірителя вимагає від адвоката не лише з'ясування суті правової проблеми, а й з'ясування дійсних бажань, мети і намагань довірителя. Адвокат може запропонувати кілька варіантів вирішення проблеми, однак вибір конкретного варіанта залишається за довірителем.

Іноді висновок про наявність чи відсутність позиції, а відтак і про можливість досягнення бажаного результату скласти нескладно. Наприклад, право позивача оформлено борговою розпискою і строк платежу вже настав.

Проте є справи значно складніші, де належить: встановити фактичний склад вимог або заперечень довірителя, визначити докази, потрібні

для підтвердження фактів, які підлягають доказуванню, чи наявні вони, де можна їх одержати і в який спосіб, визначитись з нормою закону, що регулює спірні правовідносини сторін, чи не пропущено позовну давність, чи є поважні підстави для поновлення пропущеного строку, чи є можливість компромісу сторін, провести аналіз процесуального становища учасників справи.

Отже, між співбесідою і власне консультацією має бути певна перерва, яка полягає у підготовці консультації або поради. Така перерва може бути різною за обсягом роботи: від відтворення у пам'яті тексту закону до вивчення багатьох фактів, документів, нормативних актів, судової практики. Вона може тривати від кількох хвилин до кількох тижнів або навіть місяців. Така перерва по суті має бути обов'язковою стадією консультування, яку в літературі називають основою консультації.

Автори книги «Адвокат. Навьки професіонального мастерства» (М. : Волтерс Клівер), базують свої висновки, зокрема, на досвіді адвокатів США і Європи. Надскладний цивільний процес у США передбачає потребу надати суду докази та висновки експертів, спеціальну процедуру обміну змагальними паперами (так званий плідінг (pleading), плідирування), вимогу, щоб справу було вирішено в одному судовому засіданні (при цьому допускається кілька підготовчих засідань) — це вимагає системи підготовки, яка дійсно може тривати кілька місяців.

У практиці України, переважно щодо надання консультацій, такі обсяги робіт майже не трапляються. Проте і в адвокатів України бувають ситуації, коли для підготовки консультації потрібен тиждень, два, а то й кілька місяців. Потрібно витребувати додаткові документи за допомогою запитів адвоката, а якщо це не вдається, можна звернутись по допомогу до суду (ст. 133 Цивільного процесуального кодексу України¹). В цьому разі слід подати позовну заяву протягом 10 днів з дня постановлення ухвали про забезпечення доказів. Що стосується Кодексу адміністративного судочинства України², то питання забезпечення доказів не містить таких обмежень, як ЦПК. Стаття 73 КАС передбачає, що особи, які беруть участь у справі, мають право просити суд забезпечити ці докази. Забезпечення доказів за ч. 2 ст. 73 КАС здійснюється також за заявою заінтересованої особи до відкриття провадження у справі.

У період перерви адвокат знову резюмує всі відомі йому факти, одержані під час співбесіди та в результаті вивчення документів. Він має звернутись до нормативних актів: уточнити та з'ясувати текст за-

¹ Далі за текстом — ЦПК.

² Далі за текстом — КАС.

конів, зміст правових норм, вивчити судову практику з цього питання. Слід також визначити шляхи реалізації пропозицій, що надаватимуться у процесі консультування, можливі витрати, а також зусилля, які потрібно докласти для вирішення проблеми.

Упродовж підготовки до консультації рекомендують складати відповідні схеми, в яких викладають різні варіанти вирішення справи, обмірковуючи при цьому плюси та мінуси кожної пропозиції.

Після того як консультацію підготовлено, відбувається зустріч з довірителем, де адвокат знову викладе резюме та надасть консультацію, в якій запропонує не лише варіанти вирішення справи, а й прогноз можливих наслідків. Для спокійного й усебічного обговорення перед початком зустрічі варто з'ясувати, чи не змінились плани довірителя, скільки часу має довіритель, і з урахуванням цього обумовити порядок проведення зустрічі. Встановлення порядку проведення обговорення дозволяє адвокату провести консультування організованіше, не витрачаючи часу на суперечки та обговорення сторонніх проблем.

Предметом консультації є не тільки роз'яснення правових позицій, у яких опинився клієнт, а й варіанти вирішення проблеми та прогноз можливих наслідків. Адвокат має наголосити і на варіантах, які можуть обернутися проти довірителя, а також про можливі невдачі у вирішенні питання.

Консультація надається у письмовій формі, як правило, тільки на прохання довірителя. Адвокат також має допомогти довірителю обрати найоптимальніший варіант рішення шляхом порівняння, а також прогнозування часу та затрат, потрібних для того чи іншого рішення.

З усіх запропонованих рішень довіритель за допомогою адвоката віддає одному з них перевагу, і на цьому, по суті, консультація завершується.

Отже, консультація — одна з найважливіших і відповідальних форм діяльності адвоката, що вимагає високого рівня кваліфікації та специфічних професійних навичок, зокрема вміння налагодити психологічний контакт з довірителем. Адвокат має володіти певним рівнем знань психології людини й умінням їх використовувати у консультуванні, застосовуючи такі прийоми, як навідні запитання, емпатія, перефразування, слухання через порозуміння, технологія лійки та камінного димоходу (комину). Адвокат має вміти резюмувати виклад пояснень і будувати відносини з довірителем, спираючись на його інтереси («опора на довірителя»).

РОЗДІЛ II. РОЗРОБЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ У СПРАВІ

ПОПЕРЕДНІ ВИСНОВКИ ЩОДО ПРАВА НА ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ПОЗОВУ

Перш ніж приступити до підготовки матеріалів до суду, слід вирішити ключове питання: чи можна позитивно вирішити справу в суді, чи обґрунтовані вимоги, які ставляться.

«Висновок правової позиції — результат дослідження документів, які стосуються справи. Значення для справи мають тільки юридичні факти, тобто факти, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин»³.

Позиція у цивільній справі — це результат, якого хоче домогтися особа або її представник, лінія поведінки в суді, розроблена і спрямована на досягнення позитивного результату. Правова позиція містить дві основні складові: законність вимог або спірного інтересу та можливість довести в суді ці вимоги⁴.

Початкові відомості про зміст відносин сторін і характер спору може бути одержано з ознайомлення з документами особи. Однак така інформація буде односторонньою, і навіть ретельна перевірка цих матеріалів може виявитися недостатньою для об'єктивного висновку про перспективи судової справи.

Для позову мають значення тільки юридичні факти, тобто факти, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин. Лише такі факти може бути покладено в обґрунтування вимог або заперечень. «Одержаний у результаті аналізу матеріалів справи фактичний склад порівнюється з умовами правової норми. У такий спосіб уточнюється склад фактів, що може призвести до потреби звернутися до іншої норми права або взагалі відмови від її застосування»⁵.

Приклад. *Громадянка Н. звернулася за допомогою до адвоката з проханням витребувати речі, які вона передала на зберігання. Н. повідомила, що терміново виїхала у відрядження. Ключ від квартири вона, як і завжди, передала сусідці, прохаючи її одержувати корес-*

³ Зейкан Я. П. *Захист прав та інтересів в арбітражному суді.* — К., 2001. — С. 4.

⁴ *Адвокатская деятельность / под ред. В. Н. Буробина.* — М., 2001. — С. 274.

⁵ *Ватман Д. П., Елизаров В. А. Адвокат в гражданском процессе.* — М., 1969. — С. 19 — 20.

понденцію та доглядати за квартирою. Про від'їзд гр. Н. повідомила і своїх родичів. Повернувшись з відрядження, вона виявила пропажу деяких речей (годинника, кількох золотих прикрас на суму 2 тис. грн.).

Сусідка заявила, що доля речей їй невідома. Родич, який навідався до квартири за час відсутності Н., підтвердив, що цих речей у квартирі він не бачив. За таких обставин адвокат вирішував питання про обґрунтованість вимог Н. і можливість їх захисту в судовому порядку.

Передусім було перевірено можливість відповідальності сусідки, виходячи з договору зберігання. Така вимога потребує встановлення як підстави фактів, які б засвідчили укладення договору про передачу майна та прийняття його на тимчасове зберігання. Стаття 937 Цивільного кодексу України⁶ передбачає, що такий договір укладають у письмовій формі. Вказівку закону у справі Н. не було дотримано, що позбавляє сторону права посылатися у підтвердження угоди на свідків. Письмових доказів укладення договору не надано. Обіцянка доглянути за квартирою не означає прийняття сусідкою речей на зберігання із зобов'язанням доглядати і зберігати їх як свої. З аналогічним проханням Н. зверталась і до своїх родичів.

Подальшим кроком була спроба перевірити можливість захисту прав Н. шляхом пред'явлення позову про витребування речей із чужого незаконного володіння (ст. 50 Закону України «Про власність»). Підставою віндикаційного позову є факт перебування спірних речей у володінні відповідача. Сусідка заперечує факт знаходження речей у неї. Гр. Н. також підтвердила, що відсутніх речей у сусідки не бачила.

Тоді адвокат з'ясував, чи є можливість відшкодування шкоди. Відповідно до ст. 1166 ЦК достатньо встановити факт спричинення шкоди даною особою та виявити причинний зв'язок її дій із цим результатом. Відсутність вини має довести відповідач. Але з пояснень Н. неможливо дійти висновку про протиправні дії сусідки. Відсутній і причинний зв'язок, унаслідок чого ст. 1166 ЦК не може бути застосовано.

Таким чином, послідовний аналіз кількох правових норм не дав задовільного результату для вирішення питання. Відчувався брак фактичного матеріалу для обґрунтування позовних вимог по кожній з юридичних конструкцій. За таких умов адвокат дійшов висновку, що у справі відсутня матеріально-правова позиція для звернення в суд.

Отже, особа, яка звертається до суду, її представник, з'ясовуючи правову позицію, мають ознайомитись з усіма обставинами справи у повному обсязі, відшукати норми, які підлягають застосуванню, а вже потім пере-

⁶ Далі за текстом — ЦК.

ходити до подальшої конкретизації фактичного складу⁷. Аналізуються не тільки факти, які утворюють право на позов, а й такі, що погашають право або створюють перепони його виникнення. В цьому полягає методика з'ясування правової позиції. У процесі розроблення правової позиції «адвокати для зручності вживають таке поняття, як лінія спору. Лінія спору — це сукупність установок, яка визначає позицію сторони щодо питання виникнення, розвитку та вирішення спору. Для спрощення за лінію спору прийматимемо ті вузлові точки, щодо яких існують розходження сторін»⁸.

Відсутність закону, який регулює спірні правовідносини, не є перешкодою для звернення в суд. Однак у подібній ситуації виявлення правової позиції щодо справи може бути сполучено з великими труднощами, оскільки в таких ситуаціях значно важче визначитися з юридичною перспективою справи.

Взагалі приймати рішення про відсутність правової позиції для пред'явлення позову — надто відповідальне питання. Для прийняття такого рішення потрібна абсолютна впевненість і переконаність у правильності свого висновку. Якщо залишаються сумніви, то слід утриматись від категоричних висновків. Сумніви залишають надію.

Успішне розроблення матеріально-правової позиції буде неповним без перевірки наявності потрібних доказів для підтвердження юридичних фактів. Суд бере до уваги тільки ті докази, які можуть підтвердити або спростувати юридичні факти, що стосуються цієї справи.

Слід уникати двох крайнощів — надлишкового оптимізму та надмірної обережності у вирішенні питання про звернення до суду. Тільки суд здатний повно й усебічно встановити всі обставини справи. Отже, належить об'єктивно з'ясувати всі сумнівні моменти у правовій позиції і з їх урахуванням робити висновок про можливість звернення до суду. У всякому разі звертатись до суду можна, маючи «впевненість у правовій позиції, що ґрунтується на попередньому, строгому юридичному відборі фактів, які мають істотне значення для справи. Але слід наголосити, що такого роду «попередність» нічого спільного не має з приблизним, орієнтовним або просто недбалим висновком про те, які норми матеріального права підлягають застосуванню»⁹.

Отже, немає підстав для звернення до суду, якщо:

⁷ *Ватман Д. П., Елизаров В. А. Адвокат в гражданском процессе.* — М., 1969. — С. 21.

⁸ *Зейкан Я. П. Захист прав та інтересів в арбітражному суді.* — К., 2001. — С. 5.

⁹ *Пучинский В. К. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству.* — М.: Госюриздат, 1962. — С. 12 — 13.

- а) вимоги або заперечення не охороняються законом;
- б) правові підстави для вимог або заперечень не можуть бути підтверджені доказами, які допущені законом для певних правовідносин;
- в) виявлено відсутність фактів, потрібних для обґрунтування вимог або заперечень довірителя¹⁰.

Наявність суб'єктивного інтересу в особі, яка звертається до суду, та особисте ставлення до конкретної ситуації нерідко заважають об'єктивно подивитись на реальну ситуацію і дати їй правильну оцінку. Саме тому навіть досвідчені юристи нерідко винаймають адвоката для ведення їхньої справи. Погляд «з боку» у цивільній справі завжди важливий.

ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ЦИВІЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО

1. Стаття 2 ЦПК відображає істотні зміни розвитку українського законодавства, пов'язані з прийняттям Конституції України. Тому в ч. 1 ст. 2 цього Кодексу наголошено, що цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції, цього Кодексу та Закону України «Про міжнародне приватне право». Конституція України визначає основи цивільного судочинства і право на судовий захист.

У цій статті встановлено систему законодавчого забезпечення здійснення правосуддя, тобто систему норм, які визначають компетенцію окремих гілок судової влади та процедуру вирішення ними цивільних спорів. Вона не торкається системи права, що регулює матеріальні відносини, учасниками яких є сторони. Професор Зорислава Ромовська зауважує, що назва ст. 2 Кодексу є неточною. Правильніше було б — «Законодавство про розгляд цивільних справ¹¹».

В ієрархії цих норм найвище місце посідають норми Конституції України. Проте норми щодо судової процедури розгляду окремих категорій приватних спорів закріплено не лише у Цивільному процесуальному кодексі України. Так, у Сімейного кодексу України¹² визначено мораторій на звернення до суду з позовом про розірвання шлюбу, передбачено, що неповнолітні наділені повною процесуальною дієздатністю, міститься перелік осіб, які визнані законними процесуальними представниками ді-

¹⁰ *Ватман Д. П., Елизаров В. А. Адвокат в гражданском процессе. — М., 1969. — С. 23.*

¹¹ *Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 10.*

¹² *Далі за текстом — СК.*

тей, німецьких батьків. Таке комплексне регулювання матеріальних і процесуальних аспектів у одному законодавчому акті має своє виправдання.

Конституційне право на судовий захист названо у рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. невідчужуваним і непорушним.

Наше законодавство — це система. З цього випливає, що невключення до ч. 1 цієї статті слів «інших законів» — це не законодавча драма, а лише свідчення недоліків законотворчого процесу, яке проявилось під час опрацювання цього Кодексу й у некритичному перенесенні теоретично застарілих приписів попереднього Кодексу, а також у необґрунтованому запозиченні чужого законодавчого досвіду.

Як зазначено у ст. 9 Конституції України, міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України.

У ч. 3 цієї статті закріплено принцип прямої дії норми закону, за яким кожна процесуальна дія має відповідати тому закону, який діяв на момент її вчинення.

Конституційну вимогу про недопустимість зворотної дії закону в часі відтворено у ч. 4 цієї статті. Це має, зокрема, означати:

1) вимоги, які встановлені новим законом до позовної заяви, не стосуються позовної заяви, поданої раніше;

2) збільшення суми судового збору не стосується позовної заяви, поданої раніше.

2. Цивільне судочинство — порядок провадження в цивільних справах або ж установлений у процесуальному законі порядок розгляду справ. «Вдосконалення правосуддя визначається реальним утвердженням верховенства права і забезпеченням кожному права на справедливий судовий розгляд у незалежному та неупередженому суді. Однак верховенство права залишатиметься доктриною, позбавленою практичного значення, доки судова влада не отримає досконалий процесуальний інструментарій, завдяки якому належним чином може бути гарантована реалізація цього принципу і не сформується якісно новий рівень судової практики»¹³.

Тому юридична громадськість перебуває в очікуванні змін у зв'язку з судовою реформою і повернення до триланкової судової системи розгляду цивільних справ.

3. У Законі України «Про міжнародне приватне право» процесуальним відносинам присвячено розділи XI — XIII. Відповідно до ст. 4 Закону:

¹³ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. проф. В. В. Комарова // Харків юридичний. — 2008. — С. 3 — 4.*

1) право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами й іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України та міжнародних звичаїв, що визнаються в Україні;

2) якщо згідно з ч. 1 цієї статті неможливо визначити право, що підлягає застосуванню, використовують право, яке має тісніший зв'язок із приватноправовими відносинами.

4. Визначене згідно з ч. 1 цієї статті право як виняток не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають невеликий зв'язок з визначеним правом і мають тісніший зв'язок з іншим правом. Це положення не застосовується, якщо сторони (сторона) здійснили вибір права відповідно до ч. 1 цієї статті.

5. Правила цього Закону про визначення права, що підлягає застосуванню судом, поширюються на інші органи, які мають повноваження вирішувати питання про право, що підлягає застосуванню.

6. Визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин на підставі колізійних норм, не здійснюється, якщо міжнародним договором України передбачено застосування до відповідних відносин матеріально-правових норм.

7. Частина 2 ст. 2 ЦПК закріплює пріоритет норм, встановлених міжнародними договорами України, перед «внутрішнім» законодавством. Однак суд не може застосовувати правила міжнародного договору, якщо виявить, що вони суперечать Конституції. Водночас «безсумнівним є правило: міжнародне право має переважну силу над національним правом»¹⁴.

Ці стандарти стали важливим джерелом інтерпретації положень національного законодавства¹⁵. Вимога справедливості щодо судових рішень — одна з найбільш проблемних у судовій практиці.

Для практичних працівників (адвокатів, суддів, юристів) важливою є відповідь на питання «як робити?». Таку відповідь можна одержати

¹⁴ Скаун О. Ф. *Теорія держави і права*. — Х., 2001. — С. 232.

¹⁵ Куц Г. *Застосування норм Європейської конвенції та прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України // Право України*. — 2002. — С. 18 — 24; Мармазов В. *Принцип state decisis та динамічність практики Європейського суду з прав людини // Право України*. — 2003. — С. 140 — 142; Серьогіна С. *Використання практики Європейського суду з прав людини як перспективний напрям оптимізації конституційного судочинства в Україні // Вісник Конституційного Суду України*. — 2005. — № 6. — С. 41 — 46; Мартиненко М. *Місце і роль Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року в конституційно-правовому механізмі України / Актуальні проблеми конституційної юрисдикції: сучасність і перспективи розвитку*. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — С. 127.

в опублікованій судовій практиці, а також у публікаціях практичного спрямування (наприклад, М. І. Балюк, Д. Д. Луспенник «Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процесу у питаннях і відповідях»; у публікаціях Вісника Верховного Суду України тощо). У всякому разі, якщо адвокат знайде підходящі для нього судові справи, залучить їх до аргументації у своїй позовній заяві, додасть виписки з рішень ЄСПЛ, то це змусить суддю аргументувати своє рішення в той чи інший бік з урахуванням доводів адвоката. Якщо ж адвокат (юрист) не потурбується про це, то і суддя не стане шукати відповідну судову практику ЄСПЛ та застосовувати її. Приклади рішень з аргументацією на прецеденти ЄСПЛ є у виданні Д. Д. Луспенника «Настільна книга професійного судді під час розгляду цивільних справ», яку доцільно мати у своїй бібліотечці кожному адвокату.

Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. визначив, що суди застосовують Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та рішення Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17).

«Статтею 8 Конституції України передбачено, що норми Конституції є нормами прямої дії. Проте практика застосування зазначеного положення викликає суттєві зауваження, оскільки нехтування цим є обмеженням громадян у захисті своїх прав.»¹⁶

Отже, норми Конституції діють як безпосередньо, так і опосередковано, і застосувати ці норми безпосередньо не завжди можливо. «Будь-яка бланкетна конституційна норма має застосовуватися завжди прийнятному відповідному закону через його безпосереднє використання. Якщо ж такого закону немає, а відмовити у правосудді не дозволяється (ч. 8 ст. 8 ЦПК), тоді зазначена конституційна норма має застосовуватись безпосередньо за її змістом»¹⁷. Думка М. І. Балюка та Д. Д. Луспенника тим більше заслуговує на увагу практичних працівників, бо вона висловлена суддями Верховного Суду України. Конституційний Суд України у рішенні від 19.04.2001 р. № 40-рп/2001 зазначає, що норми Конституції застосовуються безпосередньо незалежно від того, чи прийнято на їх розвиток відповідні закони або інші нормативно-правові акти (п. 2).

¹⁶ Балюк М. І., Луспенник Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 7 — 8.

¹⁷ Там само.

Якщо у суддів виникає сумнів у питанні про те, чи відповідає Конституції України закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою до Верховного Суду України, який може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів (ч. 3 ст. 8 ЦПК). Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі:

1) коли зі змісту норм Конституції не впливає потреба у додатковій регламентації її положень законом;

2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй;

3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою або Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції;

4) коли укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами під час вирішення конкретних судових справ, суперечать Конституції України.

Якщо зі змісту конституційної норми впливає потреба у додатковій регламентації її положень законом, суд у розгляді справи має застосувати тільки той закон, який ґрунтується на Конституції і не суперечить їй. Разом з тим, якщо суд переконаний у тому, що застосований закон або закон, який підлягає застосуванню, суперечить Конституції, він вирішує справу на підставі безпосереднього застосування норм Конституції, оскільки інакше порушуватиметься принцип прямої дії Конституції. У такому разі після вирішення справи суд буде зобов'язаний звернутися за відповідною процедурою до Конституційного Суду України для перевірки конституційності цього закону¹⁸.

8. Частина 3 ст. 2 встановлює межі чинності законів у часі: судочинство здійснюється за законами, які діють на час вчинення окремих процесуальних дій.

9. У Конституції закріплено і правило, за яким закон, який встановлює нові обов'язки, скасовує чи звужує права, належні учасникам цивільного процесу, чи обмежує їх використання, не має зворотної дії в часі.

¹⁸ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 10.

ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ

1. Конституція України гарантує право на звернення до суду за захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

У ч. 1 ст. 3 точніше сформульовано право на звернення до суду. Звернутися до суду за захистом може особа, чії права, свободи або інтереси порушені, невизнані чи оспорюються. «Відповідно до ст. 64 Конституції України право на звернення до суду за захистом своїх прав і свобод не підлягає обмеженню навіть у період надзвичайного та воєнного стану»¹⁹.

Порушувати — робити що-небудь усупереч закону, наказу, традиції, відступати від чогось установленого, узвичаєного.

Невизнані — такі, які не вважають дійсними, законними, відмовляють у їх ствердженні своєю згодою, відмовляють у підтвердженні їх існування, у праві на існування.

Оспорювати — висловлювати свою незгоду з ким-небудь, чим-небудь, брати під сумнів, заперечувати.

Щоб звернутися до суду, важливо не лише мати цивільну процесуальну правоздатність і дієздатність узагалі, а й правоздатність у конкретній справі, тобто володіти юридичною заінтересованістю.

Здійснення особою права на судовий захист включає оскарження судових рішень у судах апеляційної інстанції. «Право на апеляційне оскарження є складовою права кожного на звернення до суду», — вказує Конституційний Суд у своєму рішенні від 27.01.2010 р.

Предметом захисту є права і свободи. Предметом захисту є інтерес. Тлумачення поняття «інтерес» викладено в рішенні Конституційного Суду від 01.12.2004 р. У загальносоціологічному значенні категорія «інтерес» — це об'єктивно існуюча і суб'єктивно усвідомлена соціальна потреба, мотив, стимул, збудник, спонукання до дії. Якщо інтерес є самостійним об'єктом правовідносин, то це може статися лише в разі закріплення цього інтересу в нормі закону, статуті юридичної особи чи в договорі, в результаті чого він одержував шати (тогу) суб'єктивного права²⁰.

«Не є відмовою від права на звернення до суду встановлення договірної підсудності (ст. 112 ЦПК) або укладення угоди про передання справи

¹⁹ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 7.

²⁰ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 19.

на вирішення третейського суду (третейський запис)»²¹. Разом з тим деякі науковці вважають, що формою відмови від судового захисту є передача спору на розгляд третейського суду, оскільки відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 122 ЦПК суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим. За цією підставою суд має закрити відкрите провадження у справі (п. 5 ч. 1 ст. 205 ЦПК України)»²². Зауважимо, однак, що у випадку невиконання рішення третейського суду ця особа все-таки може звернутися до суду за видачею виконавчого листа. Тобто й у цьому випадку відмова від судового захисту не є абсолютною, адже виконання рішення третейського суду гарантується судом першої інстанції шляхом видачі виконавчого документа.

Судді Верховного Суду М. І. Балюк та Д. Д. Луспенник зазначають: якщо якась із сторін все ж таки звернулася до державного суду, то процесуальні дії суду мають виходити з чітко визначених положень цивільного процесуального законодавства.

Так, ст. 121, 122, 205, 207 ЦПК встановлюють вичерпний перелік підстав для повернення позову, відмови у відкритті провадження у справі, закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду. Тому суд не вправі повернути позовну заяву позивачеві або відмовити у відкритті провадження у справі чи закрити провадження у справі, якщо є угода про передачу спору на розгляд третейського суду, оскільки ч. 3 ст. 121 ЦПК цього взагалі не передбачає, а п. 4 ч. 2 ст. 122 та п. 5 ст. 205 ЦПК дають право суду відмовити у відкритті провадження у справі або закрити провадження у справі, якщо ця обставина не була виявлена під час відкриття провадження у справі лише у разі, якщо є вже рішення третейського суду (а не угода про передання спору цьому суду), прийняте у межах його компетенції, з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у виданні виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду, який ухвалив рішення, але розгляд справи у тому самому третейському суді виявився неможливим.

²¹ *Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України*. — К. : Істина, 2006. — С. 13.

²² *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар*. — К. : Атіка, 2008. — С. 9.

Таким чином, за наявності третейської угоди про передання спору на розгляд третейського суду й у разі звернення однієї зі сторін цієї угоди до державного суду цей суд зобов'язаний прийняти позовну заяву до розгляду і лише в разі, якщо під час судового розгляду, а не попереднього судового засідання, від відповідача до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами надійде заперечення проти вирішення спору в суді, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду (п. 6 ч. 1 ст. 207)»²³.

У зв'язку зі змінами у ст. 130 Кодексу зазначена позиція потребує корекції. Тепер у попередньому засіданні відповідно до ч. 5 ст. 130 Кодексу, якщо між сторонами укладено договір про передання спору на вирішення третейського суду, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду. Отже, на попередньому засіданні сторони можуть укласти договір про передання справи на вирішення третейського суду, і тоді суд залишає заяву без розгляду. Можна погодитись, що у випадку, якщо одна зі сторін заперечує проти розгляду справи у попередньому засіданні, посилаючись на наявність третейської угоди, суд також може залишити заяву без розгляду.

М. І. Балюк і Д. Д. Луспенік стверджують, що «не можна вважати правильним продовження розгляду справи за вищезазначеної умови в разі, якщо позивач одночасно оспорує, наприклад, цивільно-правовий договір з якоїсь підстави і просить визнати недійсним третейське застереження у цьому договорі. Відповідно до ст. 216 ЦК, ст. 123 Закону України «Про третейські суди» особа, яка є стороною третейської угоди і не згодна з нею, зобов'язана спочатку в судовому порядку визнати таке третейське застереження недійсним і лише з набранням рішенням суду чинності можна звертатися до державного суду з оспоруванням самого цивільно-правового договору»²⁴.

Виходячи з принципу «процесуальної економії», можна дійти висновку, що суд все-таки може продовжити розгляд справи. У такому разі, якщо вимоги щодо визнання третейського застереження визнаються такими, що підлягають задоволенню, суд вирішує спір і в частині інших вимог. Якщо ж суд приходиться до переконання, що у задоволенні вимог щодо визнання недійсним третейського застереження слід відмовити, то постановляється рішення про відмову в задоволенні вимог у частині визнання недійсним третейського застереження, а в решті вимог суд

²³ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 241.

²⁴ Там само. — С. 241 — 242.

закриває провадження у справі у порядку ст. 207 п. 6 ЦПК. Суди у своїй практиці завжди намагаються піти найпростішим шляхом. Тому аргументи, з точки зору «процесуальної економії», для суддів менш прийнятні, ніж позиція, висловлена М. І. Балюком і Д. Д. Луспеником. На мою думку, допустимо у таких випадках згідно з ч. 2 ст. 126 ЦПК постановити ухвалу про роз'єднання таких вимог у самостійні провадження, оскільки їх спільний розгляд ускладнює вирішення справи.

Якщо кредитор за договором замінений у порядку відступлення права вимоги (цесія), а між сторонами був укладений договір, в якому міститься третейське застереження, то новий кредитор має відповідно до цього застереження звертатися до третейського суду (ч. 6 ст. 207 ЦПК, ст. 514 ЦК)²⁵.

«Пункт 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплює право кожного на справедливий і публічний судовий розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру»²⁶.

Отже, Україна має створювати умови щодо забезпечення доступності правосуддя як загальновизнаного міжнародного стандарту справедливого судочинства. Доступ до судової установи не має бути обтяжений юридичними й економічними перешкодами. Разом з тим «Європейський суд з прав людини виходить з того, що право на доступ до суду не є абсолютним, його може бути обмежено. Але такі обмеження не мають позбавляти особу доступу до суду такою мірою, що порушується сама сутність цього права. Понад те, обмеження не буде сумісним із п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, якщо воно не має правомірної мети і якщо відсутнє пропорційне співвідношення між вжитими засобами та поставленою метою»²⁷.

В Україні юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, тобто у цьому плані маємо необмежений доступ до суду. Залишаються обмеження економічного характеру — сплата державного мита (судового збору) та витрат на інформаційне забезпечення судового процесу. Така вимога не може вважатися обмеженням на доступ, однак за певних конкретних умов сума зборів може вплинути

²⁵ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 242.

²⁶ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. проф. В. В. Комарова // Харків юридичний.* — 2008. — С. 145.

²⁷ Там само. — С. 157.

на висновок, чи могла скористатися особа цим правом з огляду на її спроможність сплатити таку суму.

Саме під цим кутом ЄСПЛ розглядає скарги про дотримання вимог на порушення права на доступ до суду за наявності економічних обмежень. Так, Комітет Міністрів у рекомендації № R(81) 7 від 14.05.1981 р. зазначає, що прийняття до судочинства не може обумовлюватися сплатою стороною державі якої-небудь грошової суми, розмір якої є нерозумним відносно справи, що розглядається. Тією мірою, в якій судові витрати є явною перешкодою для доступу до правосуддя, їх слід за можливості скоротити або анулювати²⁸. І, звичайно, мають бути механізми щодо відстрочки або звільнення від сплати залежно від майнового становища особи.

Неможливість отримання правової допомоги внаслідок її дорожнечі так само можна віднести до економічних обмежень. В Україні це питання на належному рівні не вирішено, хоча формальні процесуальні механізми існують. У справі Бертуцці проти Франції ЄСПЛ дійшов висновку, що вірогідність того, що заявнику доведеться самому без допомоги адвоката відстоювати свої аргументи проти професійного адвоката, який був відповідачем у справі, означала відмову заявнику в праві на доступ до правосуддя в умовах, які дозволяли б йому ефективно використовувати рівність процесуальних можливостей сторін, без чого неможливе саме поняття справедливого судового розгляду²⁹.

Недопустимим є і одержання доказів незаконним шляхом.

Приклад. III. пред'явив позов до Т. про спростування інформації. Як відповідачів указав Т. і державний орган, в якому Т. працював. Суд повернув матеріали справи та вказав, що належним відповідачем має бути тільки державний орган, в якому Т. працював. Тому позов слід направити до іншого за територіальністю суду. Ухвалу позивачу не було надіслано. За скаргою адвоката апеляційний суд поновив строк для оскарження ухвали та скасував ухвалу суду як помилкову, оскільки позивач скористався правом альтернативної підсудності, а виключення особи з числа відповідачів можливе тільки за згодою позивача.

У цих випадках порушення права на звернення до суду стосується не законодавчого урегулювання, а питань судової практики.

Важливим у прецедентній практиці ЄСПЛ є принцип рівності вихідних умов або ж принцип рівності сторін і принцип змагальності, які вимагають

²⁸ Доступ к правосудию // Российская юстиция. — 1997. — № 6. — С. 2.

²⁹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. проф. В. В. Комарова // Харків юридичний. — 2008. — С. 160.

надання кожній стороні можливості представляти справу в умовах, які не дають значних переваг перед її опонентом, і право сторін знайомитися з усіма доказами та запереченнями, що залучені до справи, висловлювати свою думку про їх наявність, зміст і достовірність, за потреби — у письмовій формі. Порушенням цих принципів є випадки приєднання доказів поза судовою процедурою та посилання на них у судовому рішенні.

Приклад. У справі за позовом сільської ради до Н. та третьої особи Д., яка вступила у справу із самостійними вимогами, після проголошення рішення було виявлено, що у матеріалах з'явилися докази, які не були предметом судового дослідження, не приєднувались судом згідно зі встановленою судовою процедурою і щодо яких сторони не могли подати своїх пояснень і заперечень. Такі дії є порушенням належної судової процедури³⁰.

До елементів належної судової процедури слід віднести вимогу про заборону втручання законодавця у процес здійснення правосуддя. Прикладом такого втручання є Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» від 29.11.2001 р., відповідно до якого було встановлено мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств і господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25 %, до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна. На це певною мірою звертав увагу і Європейський суд з прав людини в рішенні у справі «Сокур проти України»³¹.

Важливим є також принцип правової визначеності, який полягає в тому, щоб у випадках, коли суди винесли остаточне рішення з якогось питання, їхнє рішення не піддавалося сумніву. У справі «Шмалько проти України» ЄСПЛ наголосив, що право на виконання рішення було б ілюзорним, якби правова система держави допускала, щоб остаточне судові рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній зі сторін. Вимогами до процесу є також публічний розгляд справи, розумний строк судового розгляду, розгляд справи незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону.

2. Правом на звернення до суду на захист інтересів держави і громадян наділені прокурор, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, інші особи у випадках, коли це прямо передбачено законом.

³⁰ З архіву автора.

³¹ Офіційний вісник України. — 2005. — № 33. Див. також: Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. проф. В. В. Комарова // Харків юридичний. — 2008. — С. 164.

3. Гарантією реалізації права на звернення до суду є закріплене у ч. 3 ст. 3 ЦПК правило, за яким будь-яка відмова від такого права є недійсною. При цьому не має значення, в який спосіб було вчинено таку відмову: у загальній формі для певної категорії справ або стосовно спорів, які можуть виникнути з певного договору.

4. Справа може бути передана на розгляд третейського суду, і це є правом, а не обов'язком сторони, отже, таке звернення не є відмовою від права звернення до суду.

(З узагальнення Верховного Суду України про роботу третейських судів. Узагальнення підготовлено суддею Верховного Суду України Л. І. Охрімчук і головним консультантом відділу узагальнення судової практики управління вивчення та узагальнення судової практики О. Є. Бурлай, канд. юрид. наук)

Практика свідчить, що зловживання третейських судів мають масовий і системний характер. Аналіз рішень третейських судів свідчить, що ці суди часто фактично не вирішують спори, а в обхід передбачених законом процедур задовольняють певні суб'єктивні інтереси, нерідко з порушеннями при цьому прав третіх осіб і держави. **Найбільш типовими справами, які розглядають третейські суди, є:**

— справи про визнання дійсності договорів про відчуження нерухомого майна, під час розгляду яких за допомогою третейського суду особи у кращому випадку уникають укладення таких договорів у встановленій законом нотаріальній формі, якою передбачено сплату відповідних платежів і державну реєстрацію, а в гіршому — фактично укладаються договори, які не можуть бути нотаріально засвідчені у зв'язку з тим, що вони суперечать закону;

— справи щодо визнання права власності на земельні ділянки, зокрема про відчуження та визнання права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення;

— спори щодо визнання права власності на самочинне будівництво та на об'єкти незавершеного будівництва, метою яких є визнання права власності на самочинно збудовані або незаконно реконструйовані об'єкти та отримання рішення, яке б зобов'язувало відповідні органи здійснити дії з його оформлення;

— спори, метою яких є захоплення контролю над юридичними особами тощо. Досить часто за допомогою рішення третейського суду за однією особою безпідставно визнається право власності на майно іншої особи. Виявлено випадки, коли у справах, у яких спір виник між юридичними особами, як відповідачі залучаються фізичні особи — керівники юридичних осіб та інші фізичні особи, завдяки чому заяви

у відповідних справах розглядаються загальними судами, у той час як мають розглядатися господарськими судами.

Надто поширеною є практика штучного залучення як сторони третейської угоди осіб, які по суті не є відповідачами. У заявах зазначається, що ці особи не визнають за позивачами права власності на майно (зокрема, на самочинно споруджені будівлі та самочинно здійснене репланування). Такими особами виступають члени сім'ї позивача або особи, які мали намір придбати таке майно. При цьому особа, яка по суті спору має виступати належним відповідачем, у кращому випадку зазначається як третя особа, до розгляду справи не залучається, однак третейський суд у рішенні покладає на неї певні обов'язки.

Нерідко розгляд справ у третейському суді використовується особами для досягнення вочевидь недобросовісних цілей.

Приклад. *Із матеріалів трьох справ, розглянутих Маловисківським районним судом Кіровоградської області у 2008 р., вбачається, що рішенням третейського суду від 24 березня 2008 р. задоволено позов С. В. до Ленінської сільської ради про визнання права власності в порядку спадкування на майно померлого К. Г.*

Третейський суд визнав, що С. В. до відкриття спадщини п'ять років проживав однією сім'єю з К. Г. у його будинку, а саме з грудня 1999 р. по лютий 2005 р. Рішенням цього ж третейського суду від 18 березня 2008 р. за позовом С. В. до Ленінської сільської ради встановлено, що позивач п'ять років проживав однією сім'єю з К. Ю., а саме з жовтня 1998 р. по 10 жовтня 2005 р. А згідно з рішенням цього ж третейського суду від 21 березня 2008 р. С. В. є спадкоємцем С. Л., з якою він проживав однією сім'єю в її будинку із січня 2000 р. по 23 серпня 2006 р.

Безліч проблем і зловживань породжує діяльність третейських судів під час вирішення конкретних спорів (арбітражів ad hoc), що можуть утворюватися згідно з ч. 1 ст. 7 Закону № 1701-IV.

На відміну від постійно діючих третейських судів, для яких законом передбачено необхідність реєстрації (що автоматично означає наявність юридичної адреси, подання відомостей про особовий склад постійно діючого третейського суду, зміст його регламенту тощо), всі питання створення та діяльності суду ad hoc регламентуються винятково третейською угодою, до якої також не встановлено спеціальних вимог. Таким чином, суди ad hoc часто функціонують фактично поза межами ефективного правового регулювання їх діяльності, що закономірно призводить до зловживань.

Приклад. *Шевченківський районний суд м. Запоріжжя розглянув три справи про видачу виконавчого документа на рішення третейського*

суду ad hoc. Справи складаються взагалі з трьох аркушів — заяви про видачу виконавчого листа на рішення третейського суду ad hoc (без будь-яких додатків), протоколу судового засідання, з якого вбачається, що сторони не з'явилися, та ухвали суду про задоволення заяви та видачу виконавчого документа.

Трапляються також випадки розгляду третейськими судами справ, які вже розглядають або розглядалися у суді загальної юрисдикції. Виявлено випадки розгляду третейськими судами справ без формування справи. Непоодинокі випадки розгляду третейськими судами справ, які їм не підвідомчі: сімейних, про трудові спори, справ про встановлення фактів.

ТРЕТЕЙСЬКА УГОДА

Третейська угода є підставою для передачі спору на розгляд третейського суду, а в деяких випадках — і підставою для створення та діяльності такого суду. Таким чином, належність форми і змісту третейської угоди, наявність у ній всіх істотних умов, передбачених законом, є первинною та обов'язковою умовою правомірності третейського розгляду, а відтак — і третейського рішення.

Вбачається, що розглядаючи будь-яке питання, пов'язане з діяльністю третейського суду, суду передусім потрібно перевірити наявність укладеної сторонами належним чином третейської угоди, відповідність її форми та змісту встановленим вимогам.

Адже виявлено випадки, коли суди не звертали уваги на грубі недоліки третейської угоди, наявної у матеріалах справи, які в цілому дають підстави для сумнівів у правомірності третейського розгляду та законності рішення третейського суду.

Так, у матеріалах справи, розглянутої Суворовським районним судом м. Одеси за заявою Б. про видачу виконавчого документа на рішення третейського суду, міститься угода про розгляд спору в третейському суді, яка взагалі не підписана сторонами, а також контракт позивача з третейським суддею про надання останнім оплатних послуг з вирішення спору, підписаний лише третейським суддею. Незважаючи на це, ухвалою суду від 11.04.2008 р. заяву Б. задоволено і видано виконавчий документ на рішення третейського суду.

У матеріалах справи, розглянутої Ярмолинецьким районним судом Хмельницької області, міститься договір купівлі-продажу, в якому є третейське застереження. Договір підписаний лише покупцем, не має підпису продавця, а лише його печатку.

Відповідно до положень ст. 5 Закону № 1701-IV спір може бути передано на розгляд третейського суду за наявності між сторонами третейської угоди, яка відповідає вимогам цього Закону. Однак слід наголосити на тому, що третейська угода є різновидом цивільно-правового правочину, тому вона має відповідати також вимогам, встановленим цивільним законодавством.

Невідповідність третейської угоди вимогам цивільного законодавства дає підстави вважати таку угоду нікчемною на підставі ст. 228 ЦК, згідно з ч. 1 якої правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, АР Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Судам також слід звернути увагу на положення ст. 203 ЦК, якою встановлено загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину.

Таким чином, якщо під час розгляду заяви про видачу виконавчого документа на рішення третейського суду буде виявлено невідповідність третейської угоди вимогам цивільного законодавства, суду слід урахувувати положення ч. 1 ст. 216 ЦК, згідно з якою недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.

У разі виявлення нікчемності третейської угоди суд може згідно з ч. 5 ст. 216 ЦК застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи і відмовити у видачі виконавчого документа. При цьому немає потреби у додатковому визнанні третейської угоди недійсною.

У розгляді заяви про скасування рішення третейського суду також слід урахувувати, що нікчемність третейської угоди є безумовною підставою для такого скасування.

ПРОБЛЕМИ ЮРИСДИКЦІЇ

Проблеми цивільної юрисдикції пов'язані насамперед з неоднозначним вирішенням у законодавстві питань про належність того чи іншого правового питання до відання конкретного суду. «Оскільки здійснення правосуддя і розв'язання юридичних спорів є прерогативою судової влади, то юрисдикцію пов'язують лише з правосуддям і судовою владою. Тому обґрунтовано слід розглядати судову юрисдикцію як компетенцію органів судової влади зі здійснення правосуддя»³². Під юрисдикцією розуміють повноваження давати правову оцінку фактам, розв'язувати правові питання³³.

³² Там само. — С. 179.

³³ Словник іношомовних слів / уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарпунта. — К. : Наукова думка, 2000. — С. 661.

«У сучасному розумінні справедливого судочинства інститут судової юрисдикції безпосередньо пов'язаний з визначенням «належного суду», тобто суду, уповноваженого розглядати конкретну справу»³⁴.

Слід також урахувати, що «судовий захист є основною, але не єдиною формою³⁵ захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, державних і суспільних інтересів. Так, деякі спори сторони мають право передати на розгляд третейського суду (ст. 17 ЦПК); трудові спори, крім суду, розглядають комісії щодо трудових спорів (ч. 1 ст. 221 Кодексу законів про працю України), земельні — органи місцевого самоврядування та органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів (ст. 158 Земельного кодексу України). Захист прав та інтересів здійснюють також Президент України, органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК), нотаріуси»³⁶, громадяни мають право на самозахист та ін.

Серед загальних критеріїв визначення судової юрисдикції визначають предметний (характер спірних матеріальних правовідносин) і суб'єктний (суб'єктний склад учасників цих правовідносин) критерії. Виділення як критерію публічно-правових спорів і визначення такого спору через суб'єктну ознаку створило неабиякі труднощі у розмежуванні спорів між різними судами. В юридичній літературі наголошується на неможливості чіткого визначення критеріїв приватних і публічних інтересів³⁷. «Публічне» і «приватне» у правовому регулюванні інколи мають інтегрований характер й утворюють певну єдність правового регулювання, саме тому визначення юрисдикції адміністративних судів шляхом віднесення до неї публічно-правових спорів, з одного боку, призводить до конкуренції юрисдикцій, а з іншого — до розділу юрисдикції чи подвійної юрисдикції одних і тих самих спорів³⁸.

³⁴ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. проф. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 178.*

³⁵ *Там само.*

³⁶ *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 25.*

³⁷ *Шадура Д. Размежевание компетенции // Юридическая практика. — 2007. — № 7. — С. 10.*

³⁸ *Комаров В. В. Цивільний процесуальний кодекс та Кодекс адміністративного судочинства України: проблема єдності та відмінностей // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України: тези доп. та наук. повідомл. учасн. Міжнар. наук.-практ. конф., 25-26 січ. — Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. — С. 7; Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. проф. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 186.*

Стаття 15 ЦПК визначає справи, що розглядаються судами. Професор Зорислава Ромовська наголошує на невдалих формулюваннях цієї статті. Її б доцільно назвати — «Справи, які розглядає суд цивільної юрисдикції». Те, що у частині 3 цієї статті визначено терміном «в порядку» у ст. 4¹ ГПК названо «формами судового процесу». Термін «форма» має синонім — «вид». Саме йому слід було б надати перевагу³⁹. Встановлено загальне правило, що суди вирішують справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Отже, у порядку цивільного судочинства можуть розглядатися будь-які справи, якщо їх вирішення не віднесено до інших видів судочинства. У такий спосіб знаходить підтвердження концепція про універсальний характер цивільної процесуальної форми, яка може бути використана для захисту будь-яких суб'єктивних прав чи охоронюваних законом інтересів⁴⁰. З цього напрошується висновок, що автори конституційної моделі організації судової влади проігнорували давно відомі теоретичні положення, які наголошують на перевагах єдиного суду й універсального характеру цивільної процесуальної форми, і без достатніх потреб створили складну, малозрозумілу громадянам України систему. Слід у зв'язку з цим висловити сумнів у доцільності самої концепції такого реформування правосуддя, за яким в Україні діють три незалежних один від одного органи судової влади, а судовою реформою планується ще й четвертий.

Стаття 15 спрямована на відмежування цивільної юрисдикції від інших видів судової юрисдикції та на запобігання спорам щодо юрисдикції.

Щоб відмежувати компетенцію суду з розгляду та вирішення справ від юрисдикції інших судів, використано загальну відсилку «крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства».

У науці цивільного процесуального права прийнято перелічувати підвідомчі суду категорії цивільних справ і встановлювати загальні критерії судової підвідомчості. Наприклад, наявність спору про право цивільне, визначення підвідомчості за суб'єктивним складом (судам були підвідомчі спори, в яких хоча б однією стороною у спорі є громадянин) тощо.

³⁹ *Цит. праця.* — С. 55.

⁴⁰ *Чечот Д. М. Суб'єктивное право и формы его защиты.* — Л. : ЛГК, 1968. — С. 57.

На практиці визначати компетенцію суду доводиться методом «чищення капусти», коли здорові листки залишають, а непридатні для використання відкидають. Тобто з'ясовується, чи певний спір не належить до юрисдикції господарського або адміністративного суду. Звичайно, це не найкращий спосіб розмежування спорів між судами різної юрисдикції.

У ч. 2 коментованої статті передбачено, що за правилами цивільного судочинства можуть вирішувати й інші справи, якщо це передбачено законом. Таким чином, окремі спеціальні процесуальні норми можуть регулювати процесуальні відносини, не будучи введеними до процесуального кодексу. Під час визначення цивільної юрисдикції слід ураховувати, що незалежно від суб'єктного складу учасників і характеру спірних правовідносин у порядку цивільного судочинства вирішуються спори за позовами релігійних організацій — юридичних осіб з приводу оскарження рішень державних органів з питань володіння та користування культовими будівлями і майном (ч. 10 ст. 17 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»). У цьому випадку цивільна юрисдикція визначається прямою вказівкою закону⁴¹.

Слід мати на увазі, що законом може бути передбачено не тільки розгляд інших справ, а й вилучення з компетенції судів справ, які за загальним правилом підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства.

«Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів» від 15.12.2006 р., що набрав чинності з 29.12.2006 р., фактично введено інститут «спеціальної компетенції (підвідомчості)», він також закріплений у ст. 26 проекту ГПК. Це кардинальним чином змінило критерії розмежування судових юрисдикцій і визначення справ цивільної юрисдикції»⁴². Тепер передано господарським судам і справи, які виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником, зокрема учасником, який вибув, а також між учасниками господарських товариств, що пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності товариства, крім трудових спорів.

Отже, до господарських судів відійшли спори, пов'язані з формуванням статутного капіталу та розміщенням його акцій, спори, пов'язані із забезпеченням прав акціонерів на придбання додаткових акцій, спори, пов'язані

⁴¹ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. проф. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 211.*

⁴² *Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 54.*

з виплатою дивідендів, визнання недійсними рішень органів управління товариства, з вимогами про викуп акцій, незважаючи на те, що однією зі сторін є фізична особа⁴³. Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» господарським судам передано спори про банкрутство, незалежно від суб'єктного складу учасників.

Слід урахувувати, що не підлягають розгляду в порядку господарського судочинства справи, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності інших суб'єктів господарювання, які не є господарськими товариствами (кооперативи, приватні, колективні підприємства тощо), якщо стороною у справі є фізична особа. При цьому норма п. 4 ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України⁴⁴ через її імперативний характер не підлягає застосуванню за аналогією щодо спорів, пов'язаних із діяльністю інших суб'єктів господарювання (п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»).

Не підлягає розширеному тлумаченню п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК також щодо справ, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності господарського товариства, якщо однією зі сторін у справі не є учасник (засновник, акціонер) господарського товариства, зокрема такий, що вибув. Спори за участю спадкоємців учасників господарського товариства, які ще не стали його учасниками, не є підвідомчими (підсудними) господарським судам. Тут потрібне знання за принципом: «як має бути». Верховний Суд потрактував, що в цих випадках спори вирішуються за правилами цивільної юрисдикції.

До корпоративних спорів, що підсудні (підвідомчі) господарським судам, відносять, незалежно від суб'єктного складу учасників, справи за позовами про переведення на акціонера прав покупця у зв'язку з наявністю переважного права на купівлю акцій, а також учасників інших видів господарських товариств про переведення прав та обов'язків покупця частки (або її частини) при порушенні їх переважного права на купівлю.

Підвідомчими (підсудними) господарським судам на підставі п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК є також спори між учасниками (засновником) господарського товариства та господарським товариством щодо права власності на майно, переданого товариству як вклад до статутного (складеного) капіталу.

У зв'язку з відсутністю в законодавстві норм про спеціальну підвідомчість (підсудність) спорів, пов'язаних з емісією цінних паперів, розміщенням акцій чи їх обігом, а також часток у статутному (складеному) капіталі

⁴³ Там само. – С. 54 – 55.

⁴⁴ Далі – ГПК.

товариства, що виникають між акціонерами (учасниками) господарського товариства та товариством (крім передбачених п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК), такі позови мають приймати господарські суди за правилами ст. 1 ГПК, тобто з урахуванням суб'єктного складу учасників спору. Отже, у цьому випадку фізичні особи звертаються до суду цивільної юрисдикції.

У разі укладення акціонерами іноземними юридичними або фізичними особами угоди (правочину) про підпорядкування відносин між акціонерами, а також між акціонерами та акціонерним товариством щодо діяльності товариства, іноземному праву, такий правочин є нікчемним з ухвалою ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV.

Відносини між засновниками (учасниками) господарського товариства щодо формування його органів, визначення їх компетенції, процедури скликання загальних зборів і визначення порядку прийняття рішень на зборах регулюються положеннями ЦК та закону про господарські товариства. За змістом ці норми є імперативними, а їх недотримання порушує публічний порядок.

У приватизації майна норми публічного права присутні у сфері приватних відносин за участю суб'єкта владних повноважень під час здійснення управлінських (регуляторних) функцій. Суб'єкт владних повноважень виконує у цих випадках регуляторну функцію за відсутності у цих правовідносинах ознак підлеглості чи підпорядкування, які притаманні для адміністративних правовідносин. У цих випадках можливі спори про право цивільне під час регуляторних дій суб'єкта владних повноважень. Отже, по суті не є публічно-правовим спір за участю суб'єкта владних повноважень, коли управлінські функції спрямовані на створення, зміну або припинення цивільних прав особи. У цьому випадку буде спір про право цивільне, хоча однією зі сторін у ньому виступає особа публічного права, а спірні правовідносини врегульовані нормами як цивільного, так і адміністративного права⁴⁵.

«Суди загальної юрисдикції не мають чітко визначеної предметної компетенції і розглядають усі справи про захист прав, свобод чи інтересів, крім тих, коли розгляд таких справ винятково проводиться за правилами іншого судочинства»⁴⁶.

⁴⁵ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях*. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 67 — 68.

⁴⁶ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях*. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 54-55.

М. І. Балюк і Д. Д. Луспенник наводять приклад помилки у виборі виду юрисдикції під час оскарження дій слідчого. Позов був пред'явлений у зв'язку з відмовою допустити до участі у справі певного адвоката. Орджонікідзевський районний суд м. Харкова відмовив у прийнятті такого позову, а суд другої інстанції ухвалу скасував з посиланням на ст. 55, 124 Конституції України. Автори дійшли правильного висновку про помилковість позиції апеляційного суду. На їхню думку, такий спір мав вирішуватися за правилами Кримінального процесуального кодексу України⁴⁷.

Але «законодавець не передбачив право на оскарження відмови у допуску захисника до участі у справі, а ст. 347 КПК закріпила норму про те, що апеляція може бути подана лише у випадках, передбачених у КПК. Ось так конституційне право (ст. 59 Конституції України) про те, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, може бути обмежене відмовою суду, органу дізнання, слідчим у допуску обраного адвоката»⁴⁸. Цю ситуацію коментував і голова Верховного Суду України В. Т. Маляренко: «Суд же всупереч нормам закону і здоровому глузду вправі відмовити в допуску такої особи як захисника. Неможливість оскарження такого рішення суду потягне грубе порушення права за-судженого на захист»⁴⁹.

На практиці у таких ситуаціях шукають вихід у скаргах на дії слідчого прокурору.

Приклад. *Слідчий К. відмовив у допуску обраного підозрюваним М. адвоката як захисника. Скаргу на ім'я прокурора про порушення кримінальної справи щодо слідчого було відхилено. Пославшись на ст. 374 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за недопущення чи ненадання своєчасно захисника, адвокат подав до суду скаргу на відмову в порушенні кримінальної справи проти слідчого. Після цього начальник слідчого відділу прокуратури області зателефонував адвокату і повідомив, що він допущений до участі у справі⁵⁰.*

Отже, процесуальні проблеми зі зверненням до суду навіть в очевидних випадках існують як у цивільному, так і в інших судочинствах (господарському, адміністративному, кримінальному). На сьогодні це одна з найгостріших проблем українського правосуддя.

⁴⁷ Далі — КПК.

⁴⁸ Зейкан Я. П. *Адвокат: навички професії*. — К. : КНТ, 2008. — С. 161.

⁴⁹ Маляренко В. Т. *Про подання апеляції на судові рішення у кримінальних справах // Вісник Верховного Суду України*. — 2002. — № 1. — С. 44.

⁵⁰ З архіву автора.

Однією з визначальних рис цивільної юрисдикції є *спір про право*, що виникає з цивільних, житлових, сімейних, трудових, а також інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. «При цьому під спором про право слід розуміти розбіжності юридично заінтересованих осіб з приводу суб'єктивних прав, свобод чи інтересів, що виникли за неможливості їх реалізації без рішення суду та заявлені заінтересованою особою в певному порядку, встановленому законом⁵¹.

Спором про право цивільне є спір про звільнення майна від арешту як такий, що прямо пов'язаний з дослідженням і вирішенням питання про право власності позивача на майно. Якщо однією зі сторін є фізична особа, то справа вирішується у порядку цивільного провадження. У такому спорі слідчий не є стороною у справі або третьою особою, оскільки не перебуває у матеріально-правових відносинах з однією зі сторін і рішення суду не може вплинути на його права чи обов'язки щодо однієї зі сторін у спорі⁵².

Якщо особа є суб'єктом підприємницької діяльності, то позов вирішується господарським судом. Якщо ж позивач — фізична особа, справу вирішує відповідний районний суд.

Таким чином, розмежування цивільної та господарської юрисдикції загалом відбувається за двома критеріями: суб'єктний склад і характер цих правовідносин. У деяких випадках як виняток законом прямо встановлюється той чи інший вид судової юрисдикції, що, як правило, не потребує її встановлення за суб'єктивним і предметним критеріями⁵³.

У практиці трапляються випадки пред'явлення позовів до суддів і суддів про відшкодування шкоди. М. І. Балюк і Д. Д. Луспенник висловили позицію про недопустимість такої практики. «Відповідно до ст. 62, — наголошують вони, — матеріальна і моральна шкода, заподіяна під час здійснення правосуддя, відшкодовується лише безпідставно засудженій особі в разі скасування вироку як неправосудного. Проте й у цьому разі за заподіяну шкоду відповідає не суд чи суддя, а держава»⁵⁴.

⁵¹ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. проф. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 183.*

⁵² *Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 75.*

⁵³ *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. проф. В. В. Комарова. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 212.*

⁵⁴ *Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 76.*

Заяви щодо неправильності процесуальних дій судді чи суду не підлягають розглядові в суді першої інстанції, оскільки є інший механізм усунення помилок і недоліків, допущених під час здійснення правосуддя. Тому суд має відмовити у відкритті провадження за такою заявою на підставі п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК⁵⁵.

Тільки якщо щодо судді постановлено обвинувальний вирок у порядку й у результаті незаконного рішення, може бути поставлено вимогу про відшкодування шкоди (ст. 1176 ч. 5 ЦК). З цим можна погодитись.

Приклад. Розглядаючи апеляційну скаргу у справі між громадянами України, які проживають в Ірландії, апеляційний суд вважав, що районний суд, задовольнивши позов С., безпідставно застосував статтю Сімейного кодексу України. Оскільки між Україною та Ірландією не укладено договору про надання правової допомоги, рішення районного суду було скасовано і в позові відмовлено. Касаційна інстанція виправила цю помилку: згідно зі статтею 16 Закону України «Про міжнародне приватне право», особистим законом громадян України, які проживають за кордоном, є закони України⁵⁶.

ПРО СПОСОБИ ЗАХИСТУ (СТ. 4 ЦПК)

1. Проф. Зорислава Ромовська наголошує, що місце цієї статті обрано невдало, адже суд застосовує певний спосіб захисту у нарадчій кімнаті. Вирішення справи є здійсненням правосуддя⁵⁷. Способи захисту визначено у нормах матеріального права. Так, ст. 16 ЦК розкриває способи захисту цивільних прав і передбачає можливість встановлення законом і договором інших способів захисту права. Способи захисту визначені також у ст. 18 СК, ст. 20 ГК теж визначає способи захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів і передбачає можливість встановлення інших способів захисту прав законом. «На позиції можливості захисту прав способами, що встановлені законом і договором, стоїть Сімейний кодекс. Земельний кодекс передбачає захист прав тільки способами, передбаченими законом (ст. 152). Нарешті й у ст. 4 нового Цивільного процесуального кодексу України було вміщено положення про те, що суд захищає право у спосіб, визначений законами України»⁵⁸.

⁵⁵ Там само. — С. 77.

⁵⁶ Зорислава Ромовська та інші. Цит. праця. — С. 15.

⁵⁷ Цит. праця. — С. 23.

⁵⁸ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін. — К., 2005. — С. 12.

«Однією із істотних характеристик способу захисту як правової категорії є його цільове спрямування. Як складовий елемент механізму захисту цивільних прав, спосіб захисту має насамперед забезпечувати можливість досягнення мети захисту»⁵⁹. Способи захисту є загальними (універсальними) та особливими. Перші застосовуються завжди, навіть якщо на цьому не наголошено. Іноді — лише тоді, коли вони визначені законом або договором. Загальним способом є відшкодування заподіяних збитків. Суди повинні зважати і на те, що моральна шкода може бути відшкодована не лише грошми або іншим майном, а й в інший спосіб⁶⁰.

Спеціальна норма завжди передбачена у законі. Мовчання закону щодо застосування певної загальної норми не можна вважати спеціальною нормою. Вибачення перед потерпілим — це і є відновлення стану його душевної рівноваги, і таке вибачення для багатьох є важчою спокутою, ніж виплата грошей, — вважає проф. З. Ромовська, критикуючи позицію окремих судів щодо права на вибачення⁶¹.

2. Слід мати на увазі, що п. 1 Конвенції про захист прав і основних свобод людини визнає право на доступ до правосуддя. Судді Верховного Суду України у колективній праці вважають можливим у разі посилання на п. 1 ст. 6 Конвенції позову про визнання відсутності права, про його припинення, про визнання обов'язків іншої сторони, про зміну прав та обов'язків тощо (до речі, ч. 2 ст. 20 Господарського кодексу України⁶² передбачає можливість пред'явлення вимоги про визнання відсутності права)⁶³.

3. Принцип верховенства права є визначальним і має враховуватись і щодо тлумачення норм права. Тому не лише посилання на Конвенцію, а й посилання на верховенство права може спричинитися до тлумачення певної норми. Закон є застосуванням однакового масштабу до різних людей. У певних ситуаціях це може виявитись несправедливим до конкретної людини, а відтак суд має в такій ситуації керуватись вимогами верховенства права.

4. Врахування принципу верховенства права може бути здійснено і за рахунок певної кореляції правової норми шляхом її розширеного

⁵⁹ Павлов А. А. *Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав.* — СПб., 2001. — С. 17.

⁶⁰ Зорислава Ромовська та інші. *Цит. праця.* — С. 25 — 26.

⁶¹ *Цит. праця.* — С. 26.

⁶² Далі — ГК.

⁶³ *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін.* — К., 2005. — С. 13.

або обмежувального тлумачення. Ще у Римському праві зауважували, що точне слідування букві закону без урахування духу закону перетворюється на велику несправедливість (*Summum jus est summa injuria*). Суд з'ясовує істинну волю законодавця шляхом тлумачення норми права і обмежитись тільки буквальним тлумаченням не може. Істинна справедливість, наголошував А. Ф. Коні, вище формального закону і часом «вислизає від одноманітності механічних обрядів»⁶⁴. Що стосується законодавства України, то судді Верховного Суду України в колективній праці вказують на невисокий рівень нормативних актів.

«Щодо тлумачення правових норм слід ураховувати якість нормативного матеріалу, в якому ці норми формулюються. Ця якість взагалі є невисокою. Так, у головному реченні ч. 3 ст. 1122 ЦК відсутні присудок та інші частини речення, в результаті чого воно не має закінченої думки. У ч. 1 ст. 707 ЦК замість слів «належної» (якості) вживається слово «неналежної».

Позбавлене здорового глузду положення ч. 3 ст. 277 ЦК, яке визнає недостовірною будь-яку негативну інформацію, поширену про особу. Неприйнятними морально і позбавленими ознаки розумності є положення ст. 535 ЦК (про збільшення суми, що виплачується фізичній особі за грошовим зобов'язанням, пропорційне збільшенню неоподаткованого мінімуму доходів громадян), ст. 653 ЦК (про неприпустимість вимагати повернення того, що було виконано за зобов'язанням до моменту розірвання договору), ч. 3 ст. 741 ЦК (про розрахунки між сторонами у разі розірвання договору ренти, якщо майно платникові ренти передане за плату), ч. 1 ст. 225 ГК (про включення до складу збитків «вартості... пошкодженого... майна», оскільки до складу збитків має відноситись сума, на яку зменшилась вартість майна)⁶⁵.

5. До способів виправлення недоліків нормативного акта відносять співставлення невдалого положення акта цивільного законодавства з іншими положеннями й усунення прогалин шляхом систематичного тлумачення положень таких актів (такий спосіб може застосовуватись у тлумаченні, наприклад, ч. 1 ст. 707 ЦК, що суперечить ч. 1 ст. 20 Закону України «Про захист прав споживачів»), використання міжнародного договору (в такий спосіб за допомогою Конвенції про захист прав людини та основних свобод виправляються недоліки ч. 3 ст. 277 ЦК).

⁶⁴ *Латинские юридические изречения.* — М., 1996. — С. 20.

⁶⁵ *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін.* — К., 2005. — С. 17.

6. Одним із способів виправлення недоліків положень актів цивільного законодавства є пряме застосування основних засад, принципів, сформульованих у Цивільному, господарському й інших кодексах⁶⁶.

Отже, основні засади та принципи мають враховуватись у тлумаченні положень актів цивільного законодавства.

7. «У п. 5 ст. 3 ЦК закріплено принцип судового захисту цивільного права та інтересу. Цей принцип конкретизується у ч. 2 ст. 15 ЦК, яка надає кожній особі можливість захисту в суді не тільки права, а й інтересу. Це розширило можливості захисту. Тепер будь-який інтерес, що визнається цивільним, набув ознаки охоронюваного законом. Перешкодою для захисту цивільного інтересу може бути, на думку групи суддів Верховного Суду, суперечність його конкретним положенням актів цивільного законодавства. У суді розглядалася справа про внесення змін до договору найму. Позивач обґрунтовував позовні вимоги тим, що розмір плати за користування предметом найму був установлений на рівні, що у п'ять разів менший від того розміру, який відповідає кон'юктурі ринку. Отже, вважав позивач, умова договору щодо розміру найманної плати порушує його інтерес, який, відповідно до ч. 2 ст. 15 ЦК та ч. 1 ст. 16 ЦК, підлягає захисту судом. Суд відмовив у позові, оскільки інтерес позивача суперечить ст. 512⁶⁷ ЦК, через яку на підставі укладеного договору між сторонами виникло зобов'язання, ст. 526 ЦК, яка приписує виконувати зобов'язання належним чином, зокрема, згідно з умовами договору, та ст. 651 ЦК, яка встановлює підстави зміни договору»⁶⁸.

Вважаємо, що наведений приклад невдалий, а вирішення справи, можливо, було помилковим. А вже після укладення договору кон'юнктура ринку істотно змінилася і, очевидно, настільки, що якби сторони могли це передбачити, то вони уклали б договір на інших умовах. Наразі за таких умов є підстави для застосування ст. 652 ЦК, і такий інтерес підлягає захисту. Не виключено, що позивач або його адвокат не досить чітко

⁶⁶ *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін. — К., 2005. — С. 18. Не з усіма висновками можна погодитись, деякі судження авторського колективу викликають заперечення, але це написано на базі реальної судової практики Верховного Суду України, тобто людьми, які визначають судову практику в Україні. Тому для адвоката це унікальна можливість заглянути у творчу лабораторію суддів Верховного Суду України, зрозуміти способи і методи вивчення ними справ та оцінки правових ситуацій.*

⁶⁷ Очевидно, закралася описка. Мабуть, потрібно було вказати ст. 509 ЦК.

⁶⁸ *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін. — К., 2005. — С. 20.*

визначились з правовою позицією, а відтак суд відмовив у задоволенні позовних вимог. У конкретній справі позивач мав подбати насамперед про те, щоб довести у суді, що:

1) на момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;

2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути;

3) виконання договору порушує співвідношення майнових інтересів сторін і позбавляє заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала під час укладення договору.

У разі доведення цих обставин можна було б і не посилатись на ст. 652 ЦК, адже цивільний процес по суті допускає правило про те, що «суд знає право». Однак у конкретній ситуації адвокат мав би не лише довести ці обставини, обґрунтувавши їх доказами, а й скласти письмові пояснення, в яких слід було б вказати на потребу застосування ст. 652 ЦК. Лише за таких умов можна було б розраховувати на успіх.

Пригадуємо класичний приклад з історії бізнесу, коли американський бізнесмен зобов'язався здійснювати поставки товарів японському підприємцеві. У зв'язку зі зміною кон'юнктури на сировину поставки американського бізнесмена стали для нього збитковими. Тоді японський підприємець з власної ініціативи підвищив плату за товари та звернувся до американця з проханням внести зміни до контракту з метою підвищення ціни за товари, які він купував. Така поведінка стала одним із звичаїв ділового обігу і сприяла довірі й авторитету до японського підприємця.

Принципу захисту цивільного інтересу відповідає і новий ЦПК, який урахував цю обставину в ст. 1 Кодексу. Отже, адвокати, які готують позовну заяву, можуть обґрунтовувати вимоги з точки зору того, що ЦПК 2004 року ширше розуміє поняття захисту порушених, невизнаних або оспорюваних інтересів, ніж ЦПК 1963 року у понятті «охоронюваний законом інтерес».

Є ситуації, коли суд робить «підказку» стороні, а та відповідним чином не реагує. В результаті неможливо захистити право або інтерес, бо спосіб захисту обрано невдалий.

Приклад. П. просив реально поділити будинок, який був спільною власністю подружжя, тобто просив захистити його право за допомогою такого способу захисту, як припинення правовідносин. Суд двічі призначав експертизи щодо можливих варіантів поділу, але у висновку кожного експерта наголошувалося на його неможливості. Суддя на-

магався переконати позивача в необхідності пошуку інших варіантів усунення конфлікту (визначення порядку користування, виплата грошової компенсації, на яку відповідачка дала згоду), однак позивач наполягав на своєму. Суд у позові відмовив.⁶⁹

ПРО ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ З ВИМОГОЮ ПРО ВИЗНАННЯ ДОГОВОРУ НЕУКЛАДЕНИМ

Пленум Верховного Суду України зазначив, що «вимога про визнання договору неукладеним не відповідає можливим способам захисту цивільних прав і інтересів. Суди мають відмовляти в позові з такою вимогою. У цьому разі можуть заявлятися лише вимоги, передбачені главою 83 книги п'ятої ЦК». Зорислава Ромовська зауважує, що така позиція є спірною: фактичну заборону судам постановляти рішення про визнання договору неукладеним можна вважати перешкодою у доступі до правосуддя⁷⁰.

Приклад. Ухвала ВССУ від 02.03.2016 р. по справі № 6-35875ск15 (№ в ЄДРСРУ — 56455101).

Відмовляючи у задоволенні позову, суд першої інстанції виходив з того, що із позовної заяви, пояснень відповідача та представника позивача вбачається, що позивач 28 грудня 2013 року або після зазначеної дати грошові кошти в сумі 7 350 000 грн. позивачу не передавав, тому договір позики, зазначений у позові, відповідно до ст. 1046 ЦК України є неукладеним, тобто таким, який не тягне за собою будь-яких прав та обов'язків для сторін у справі.

Скасовуючи рішення суду першої інстанції та задовольняючи позовні вимоги, суд апеляційної інстанції виходив з презумпції правомірності правочину та дійшов висновку про те, що написана 28 грудня 2013 року відповідачем розписка про те, що він взяв в борг у ОСОБА_3 грошові кошти, та договір позики від 01 січня 2014 року є належним підтвердженням укладення між сторонами договору позики.

Такі висновки ґрунтуються на фактичних обставинах, установлених судом, на доказах, поданих сторонами, які судом належ-

⁶⁹ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 27.

⁷⁰ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 31.

ним чином оцінені, і відповідають вимогам закону, який правильно застосовано.

Згідно зі статтею 1046 ЦК України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. Договір позики є укладеним з моменту передавання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками.

Приклад. Ухвала ВССУ від 23.11.2016 р. (№ справи в реєстрі відсутній) (№ в ЄДРСРУ – **62960589**).

У грудні 2014 року ОСОБА_6 звернулася до суду з позовом до Публічного акціонерного товариства «Комерційний банк «Надра» (далі – ПАТ «КБ «Надра») про захист прав споживачів та визнання кредитного договору від 12.03.2008 р. № ОД16/03/2008/840-К/22 неукладеним.

Відповідно до п. 6 розд. XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ діє в межах повноважень, визначених процесуальним законом, до початку роботи Верховного Суду та до набрання чинності відповідним процесуальним законодавством, що регулює порядок розгляду справ Верховним Судом.

Як убачається з матеріалів справи, ОСОБА_6 звернулася до суду із позовом про захист прав споживачів та визнання кредитного договору неукладеним, посилаючись у тому числі і на Закон України «Про захист прав споживачів».

ПРО ОСНОВНІ ЗАСАДИ (ПРИНЦИПИ)

У практичній діяльності адвоката важливим є усвідомлення певних базових позицій, потрібних для того, щоб орієнтуватись у питаннях застосування законів. Кожен юрист, суддя виробляє для себе типові підходи, які використовує в оцінюванні певних ситуацій. Судді намагаються мислити за допомогою типових ситуацій, «моделей», юридичних

конструкцій⁷¹, бо це спрощує процес правової оцінки конкретної справи. І якщо ситуація нетипова або якщо адвокат вказує на таку оцінку правової норми, яка не вкладається у певні схеми, то у судді наростає внутрішній опір і неприйняття такої ситуації. Думка судді намагається пробитись найкоротшим і найлегшим шляхом. Адвокат, який ставить перед суддею занадто складні проблеми, ризикує тим, що суддя не сприйме його розуміння ситуації.

Разом з тим адвокат, діючи в межах встановленого порядку, повинен займати принципову позицію, представляючи інтереси свого клієнта, не піддаватись тиску суддів, незважаючи на погрози про притягнення до дисциплінарної відповідальності.

Приклад. Ухвала ВССУ від 23.11.2016 р. (№ справи в реєстрі відсутній) (№ в ЄДРСР — 62949285).

Разом з тим колегія суддів не може погодитись з постановленою окремою ухвалою.

Постановляючи окрему ухвалу, апеляційний суд виходив із того, що адвокатом Долговим В. М. було порушено вимоги Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року, що сприяло затягуванню розгляду справи. Проте погодитись із таким висновком апеляційного суду не можна.

⁷¹ «В юриспруденції слово «конструкція» розуміють у тому самому смислі, що й у техніці, в матеріальному виробництві, тобто як типову схему і принципи дії, своєрідну побудову прав, обов'язків, відповідальності. Див.: Цивилистические записки. Юридические конструкции — ключевое звено права. — М., 2001. — С. 6; А. Ф. Черданцев пише: «Конструктивний вираз права, що тільки виникло, не був свідомим, а склався стихійно. Перший законодавець якщо й мислив образами юридичних конструкцій, проте не усвідомлював цього. Тільки з виникненням професії юристів у правовій науці поступово осмислюється характер системного викладу норм права, усвідомлюється їх конструктивний зв'язок, і наука виробляє юридичні конструкції, які стають важливим орієнтиром, методом пізнання права» (Черданцев А. Ф. Логико-язикові феномени в праві, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993. — С. 151); «З точки зору змісту права саме юридичні конструкції можуть розглядатися як найбільш стабільні («надсоціальні» й у цьому сенсі культурні) одиниці права» (Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Рос. юридический журнал. — 2000. — № 3. — С. 30); «Розвиток права, його самобуття історія, його унікальна матерія і сила — багато в чому і є історія становлення, розвитку й удосконалення юридичних конструкцій» (С. С. Алексеев. Юридические конструкции — ключевое звено права. — М., 2001. — С. 6).

Відповідно до ч. 1 ст. 211 ЦПК України суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону і встановивши причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення цих причин та умов.

Згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатська діяльність здійснюється на принципах верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів, а в ст. 23 цього Закону передбачено гарантії адвокатської діяльності.

Таким чином, апеляційний суд не звернув увагу на те, що вчинення адвокатом Долговим В. М. процесуальних дій, передбачених ЦПК України, для здійснення захисту інтересів відповідача, не можна розцінювати як свідоме затягування розгляду справи. При цьому колегія суддів звертає увагу на те, що норми ЦПК України передбачають можливість, права та обов'язки суду перешкоджати зловживанню учасниками процесу своїми процесуальними правами та обов'язками, що належним чином судом не здійснювалось.

Отже, під час розгляду даної справи адвокат Долгов В. М. діяв відповідно до вимог Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правил адвокатської етики.

Слід мати на увазі, що ст. 119 ЦПК не передбачає обов'язкового посилання на норми права. Що стосується Господарського процесуального кодексу (ст. 54), то він вимагає вказувати «законодавство, на підставі якого подається позов». Така розбіжність з'явилася не сьогодні. Ще у стародавньому Римі стверджували: «суду відоме право» (*iura ovit curia*), і це означало, по-перше, що суд не має відкидати позов під приводом того, що йому невідомі правові норми, на основі яких належить приймати рішення; по-друге, сторони мають викладати лише фактичні обставини, а суд сам надасть їм правову оцінку. У цивільному процесі віддають данину цій традиції донині.

В одній зі справ суддя поставила відповідачу запитання: «На підставі якої норми закону ви вважаєте, що адміністрація району мала право укласти договір оренди на землю?» Відповідач збентежився, не знаючи відповіді. Адвокат, намагаючись допомогти йому, звернув увагу на те, що у цивільному процесі діє принцип, що «суду відоме право», і назвав норму Земельного кодексу України, якою слід керуватись у цьому випадку. Це викликало бурхливу реакцію судді: «Вас не питають. Чому ви без дозволу втрутились у допит?» І, звертаючись до відповідача, суддя сказала: «Сідайте. Не знаєте. Для чого тільки ви наймали адвоката?»

Безумовно, що адвокат припустився тактичної помилки. Йому не слід було цитувати, та ще й на латині (з перекладом на українську), відомий юридичний вислів. Разом з тим суддю дратувала в цілому бездоганна правова позиція відповідача, тому вона і почала ставити запитання не адвокату, а відповідачу, який юристом не був, а відтак не міг дати вичерпної відповіді на запитання. Зрештою питання було вирішено на користь відповідача. Після процесу адвокат наважився запитати суддю, що було причиною такої реакції. «Надто гладенько у вас все було, і надто правильно говорив відповідач. Ви його так видресировали, що нічого путнього я від нього не могла дізнатись. Та й ви не зовсім доречно почали демонструвати свою ерудицію (якщо бути точним, то суддя сказала гостріше — «ерундицію»).

Правило для адвоката. Не демонструйте надмірно свою компетентність у суді тоді, коли ситуація цього не вимагає, і намагайтесь не створювати ситуацій, коли суддя може подумати, що ви щось знаєте краще за нього. Це може призвести до неприємностей. Обмежуйтесь тільки тим, що потрібно для справи.

Для адвоката важливо чітко розділяти випадки застосування головних засад (принципів). «Так, ч. 2 ст. 13 ЦК покладає на особу найбільш загальний обов'язок: у разі виконання своїх прав утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Це положення має тлумачитись як один із принципів цивільного законодавства. Основні засади цивільного законодавства в цілому формулюються в ст. 3 ЦК. Деякі з них визначають як засади, на яких мають ґрунтуватися зобов'язання (ч. 3 ст. 509 ЦК)»⁷². При цьому слід мати на увазі, що основні засади та принципи є положеннями найбільш загального змісту, тому вони не можуть застосовуватися всупереч конкретним (спеціальним) положенням законів.

У колективній праці судді Верховного Суду України наголошують, що у випадках, коли певні правила лише впливають із закону чи не відповідають вимогам розумності або справедливості, основні засади можуть застосовуватись⁷³.

Приклад. (Ухвала ВССУ від 28.09.2016 р. по справі № 754/2270/15-ц (№ в ЄДРСР — 62235023)).

Ухвалюючи рішення про відмову у задоволенні позовних вимог, суд першої інстанції виходив лише з того, що позивачем обраний неналеж-

⁷² Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін. — К., 2005. — С. 17.

⁷³ Там само.

ний спосіб захисту, передбачений положеннями ст. 16 ЦК України, залишивши поза увагою, що суд повинен з'ясувати характер спірних правовідносин сторін (предмет та підставу позову), характер порушеного права позивача та можливість його захисту в обраний ним спосіб. Способи захисту порушеного права, зазначені в ч. 2 ст. 16 ЦК України, мають універсальний характер, вони можуть застосовуватись до всіх чи більшості відповідних суб'єктивних прав. Разом з тим зазначений перелік способів захисту цивільних прав чи інтересів не є вичерпним. Відповідно до абз. 2 п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені ч. 2 — 5 ст. 13 ЦК, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом (ст. 13 ЦК).

Існують особливості щодо захисту особистих немайнових прав, визначені ст. 275 ЦК України, за якою захист цих прав здійснюється способами, встановленими гл. 3 ЦК України, і може здійснюватися також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило порушення.

Крім цього, суд першої інстанції при вирішенні спору залишив поза увагою, що позивач, звертаючись до суду за захистом свого порушеного права, послався у тому числі на положення ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів», проте здійснено посилання на положення ст. 26 Закону України «Про електроенергетику», якими передбачено обов'язки споживача, не звернувши належної уваги також на права споживача електричної електроенергії, передбачені ст. 25 цього Закону.

Разом з цим зі змісту рішення суду першої інстанції не вбачається, які саме позовні вимоги були розглянуті судом, а які взагалі залишились поза його увагою з посиланням на неналежний спосіб захисту. За таких обставин судові рішення першої та апеляційної інстанцій не відповідають вимогам ст. 213 ЦПК щодо законності й обґрунтованості, зазначені вище порушення призвели до неправильного вирішення спору, що в силу ст. 338 ЦПК є підставою для його скасування з передачею справи на новий розгляд до суду першої інстанції.

Адвокатам слід звертати особливу увагу на принципи справедливості, добросовісності та розумності. Закріплені у п. 6 ст. 3 ЦК, вони водночас є серцевиною загального принципу верховенства права. Так, у певних

випадках, коли обов'язки набувача за договором довічного утримання не були конкретно визначені або виникла потреба забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, ч. 2 ст. 749 ЦК приписує вирішувати спір відповідно до засад справедливості та розумності⁷⁴.

Важливим принципом є неприпустимість позбавлення права власності. Зазвичай посилаються на ст. 1 Додаткового протоколу до Конвенції про захист прав людини та основних свобод. Автори колективної праці суддів Верховного Суду України наголошують, що «з огляду на це положення застосування конфіскації товарів у зв'язку з невивезенням їх за межі митної території у встановлений строк (ст. 348 Митного кодексу України), насамперед якщо ці товари не є власністю особи, що вчинила правопорушення (ч. 2 ст. 326 цього Кодексу), може бути визнане Європейським судом з прав людини таким, що не має достатньої правової підстави.

Конвенція, відповідно до ст. 9 Конституції України, є частиною національного законодавства. Прецеденти Європейського суду з прав людини визначають, як саме має бути застосована Конвенція. За кожним судовим прецедентом стоїть певна норма Конвенції, яка є частиною законодавства України.

Щодо вирішення питань про право власності на особливу увагу заслуговує ст. 41 Конституції, а саме норма про те, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі й у порядку, встановлених законом, і за умови попереднього та повного відшкодування їх вартості.

У справі С. про виселення з кооперативної квартири у зв'язку з визнанням ордеру недійсним Верховний Суд України, скасовуючи рішення суду першої інстанції, наголосив, що С. вніс повну вартість паю, а відтак відповідно до ст. 15 Закону України «Про власність» вилучення у нього квартири можливе тільки за умови повного відшкодування вартості квартири за ринковою ціною⁷⁵.

Стаття 392 ЦК допускає пред'явлення позову про визнання права власності у разі втрати документа, який засвідчує право власності особи. Пред'явлення позовів про визнання права власності у випадках втрати документа, що засвідчує право власності, зазвичай виникне у разі неможливості отримати дублікат такого документа.

⁷⁴ *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Ярема А. Г. та ін. — К., 2005. — С. 18.*

⁷⁵ *З архіву автора.*

У такому випадку відсутня сторона, що оспорує чи не визнає право власності на майно. Але відсутній також і документ, що засвідчує право власності, а особа, що володіє майном, позбавлена можливості отримати дублікат такого документа, відсутність якого заважає особі володіти, користуватися, розпоряджатися своїм майном на власний розсуд.

Оскільки відповідач відсутній, то позивач ставить питання перед судом про визнання права власності на майно. Розгляд справ такої категорії проводиться у позовному провадженні без відповідача.

Стаття 376 ЦК передбачає можливість узаконення самочинного будівництва і надає гарантії власнику земельної ділянки щодо захисту його прав і інтересів. У разі знесення об'єктів самочинного будівництва особа, яка самочинно збудувала об'єкт, не позбавлена права власності на будівельні матеріали.

У позовній заяві про визнання недійсним заповіту, посвідченого нотаріусом Республіки Польща, адвокат наголошував на тому, що під час вчинення цієї нотаріальної дії не було дотримано вимоги Закону України «Про нотаріат» та Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій. Ці претензії до польського нотаріуса не мають підстави, адже, як зазначено у ст. 70 Закону України «Про міжнародне приватне право», суд має встановити, чи відповідав заповіт вимогам польського законодавства. Якщо така відповідність буде доведена, суд в Україні, керуючись нормою законодавства Республіки Польща, повинен відмовити в позові.⁷⁶

ПРО МЕТУ ПОЗОВУ

«Метою є те безумовне, заради якого реалізуються певні дії»⁷⁷. «Мотив — це система спонук, які штовхають людину до відповідної поведінки. Мотив органічно пов'язаний з потребами людини, з її психічним станом у певний момент»⁷⁸. Отже, метою звернення до суду «є задоволення стороною своїх особистих немайнових і (або) майнових

⁷⁶ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. *Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз.* — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 42.

⁷⁷ Юркевич Памфіл. *Історія філософії права. Філософія права, філософський щоденник.* — К., 1999. — С. 406.

⁷⁸ Зорислава Ромовська. *Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 341.

інтересів»⁷⁹. Однак далеко не завжди можна з достатньою мірою категоричності стверджувати про успішне завершення справи. Тому позивач або його представник мають продумати і можливі альтернативні варіанти вирішення спору (мирова угода, часткове визнання позову). Позивач має усвідомлювати, що поганий мир завжди краще навіть доброї війни. Пропозиції мирової угоди майже завжди (хоч і не прямо) підтримуються судом, оскільки при цьому є підстави вважати, що мирова угода не буде оскаржена до вищого суду.

Визначившись з метою позову, позивач або його представник вирішують тактичні питання: які докази подати, яких свідків викликати в суд, чи просити призначення експертизи, чи звертатись до суду з вимогою про забезпечення позову або забезпечення доказів.

⁷⁹ Зореслава Ромовська. *Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 343. Підручник З. В. Ромовської ми б рекомендували як настільну книгу для адвоката, юриста і просто громадянина, якого цікавлять проблеми цивільного права.

РОЗДІЛ III. ПІДГОТОВКА АДВОКАТОМ ДОКАЗОВОЇ БАЗИ

ОДЕРЖАННЯ ДОКАЗІВ У СУЧАСНИХ УМОВАХ

У правовій літературі наголошується на потребі уточнення або ж розмежування понять «доказування» та «доведення»⁸⁰. Пропонується, зокрема, сформульовані у ст. 27 нового ЦПК окремі процесуальні дії: подання своїх доводів, міркувань і заперечень вважати доведенням, а не доказуванням. Таку пропозицію можна вітати, оскільки введення такого термінологічного уточнення дозволяє детальніше розрізнити процеси доказування. Важливо лише, щоб термін «доведення» був сприйнятий науковою громадськістю та знайшов визнання у законодавстві.

Розроблення матеріально-правової позиції у справі вимагає належних доказів для підтвердження юридичних фактів. До складу предмета доказування входить сукупність фактів підстави позову і заперечень на нього. Контролює і визначає фактичний склад у стадії підготовки справи суддя⁸¹. Тому позивач або його адвокат, подаючи позов, беруть на себе обов'язок підтвердити передбаченими законом засобами законність своїх вимог. У свою чергу, друга сторона подає заперечення проти позову та підтверджує ці заперечення відповідними доказами. Разом з тим за певних умов відповідачу досить заперечити вимоги, оскільки існує правило, за яким позивач має підтвердити свої вимоги доказами.

Якщо у справі бере участь адвокат, то він може скористатись наданим йому правом збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, зокрема запитувати й одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитись на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з потрібними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян. Як бачимо, закон, по суті, дозволяє адвокату проводити певне самостійне розслідування для одержання відомостей, які можуть бути використані як докази.

⁸⁰ Фурса С., Цюра Т. *Докази і доказування у цивільному процесі*. — К., 2005. — С. 14.

⁸¹ Кравчук В. М. *Стратегія і тактика цивільного процесу*. — К., 2002. — С. 31.

Для адвоката загальним правилом мала би бути така підготовка доказової частини, за якої суд мав би можливість ухвалити рішення в одному засіданні.

Отже, методи щодо одержання доказу законом не врегульовано. Безпосереднє ж одержання доказу має здійснюватись тільки тими засобами, які дозволено законом: опитування громадян, запитування документів чи їх копій, ознайомлення з ними безпосередньо на підприємствах і в організаціях, одержання письмових висновків фахівців. Цей перелік не є вичерпним.

Право на одержання потрібних доказів і матеріалів гарантовано і ст. 9 та 10 Закону України «Про інформацію». Всі громадяни України мають право на інформацію для реалізації ними своїх прав, свобод і законних інтересів. Таким чином, позивач може звернутись із запитом до відповідного органу чи організації на підставі ст. 9, 10, 31, 32 Закону України «Про інформацію».

Існує низка методів, які є загальноприйнятими у журналістських розслідуваннях і які з успіхом можуть використовувати позивач та його адвокат. При цьому слід усвідомлювати, що завдання журналіста — довести до суспільства факти протиправної діяльності, показати проблему і, можливо, запропонувати шляхи її вирішення⁸².

Завдання позивача, його адвоката — відшукати фактичні дані, які можуть бути використані як докази на користь його довірителя. Це можуть бути фактичні дані, які спростовують конкретні вимоги, та докази другої сторони або ж заперечення. Це можуть бути і фактичні дані, які свідчать на користь позиції сторони та підлягають врахуванню судом.

Зрозуміло, що, не опитавши цю людину, не з'ясувавши в неї, що вона може сказати про ті чи інші обставини, адвокат не може повідомити суду тих відомостей, які від захисника хоче почути суд. Отже, треба знайти людину, яка щось знає про обставини справи, й опитати її. Збирання відомостей про факти — це і є, по суті, дослідження: потрібно виявити тих, хто знає про ці факти, з'ясувати (якщо це документи), де вони знаходяться, визначитися з механізмом їх одержання⁸³.

Іноді поштовхом для одержання інформації можуть виявитись випадкова фраза або навіть чутки. Їх перевірка може привести до фактів, які мають доказове значення.

⁸² Журналистское расследование. Агентство журналистских расследований А. Константинова. — СПб., 2001. — С. 14.

⁸³ Зейкан Я. П. Право на захист у кримінальному процесі. — К., 2004. — С. 62.

Дещо про методику дослідження⁸⁴. В цьому контексті йдеться про можливі шляхи одержання доказової інформації (фактичних даних). Разом з тим адвокату ніколи не зрівнятись з можливостями правоохоронних органів і спеціальних служб, які залучаються до розслідування кримінальних справ. У цивільних справах, в яких бере участь прокурор, практикується попереднє одержання пояснень прокурором від майбутнього свідка. Цими поясненнями прокурор обґрунтовує позовні вимоги у випадках пред'явлення позову в інтересах тих чи інших осіб. У результаті сторона, інтереси якої підтримує прокурор або виступає на її боці, виявляється у вигіднішому становищі.

Отже, повідомляємо про те, за допомогою яких методів можна одержати інформацію, що може зацікавити захисника. Питання про допустимість тих чи інших методів та їх безпечність і законність адвокат вирішує у кожному конкретному випадку.

1. Вибір предмета дослідження, тобто інформація, яка може бути використана як доказ на користь сторони, а також документи, які стосуються справи.

2. Джерела інформації, тобто громадяни, що були свідками події. Їх виявлення у цивільному процесі — обов'язок сторони. Тому адвокат вправі з'ясувати в очевидців певних подій про обставини справи, не обмежуючись тим колом свідків, на які вказав довіритель. Прямої заборони на такі дії закон не містить.

Підбір свідків може виявитись ключовим моментом справи. «Політик в еміграції користується добре перевіреними «плітками», — заявляє один із героїв телефільму «Сімнадцять миттєвостей весни». Отже, чутки й плітки, як і всесвітня мережа Інтернет, є джерелом інформації, і не лише для політиків. Їх слід перевіряти, оцінювати з точки зору перспективи судового процесу та міркувати про можливість одержання повноцінного факту, який міг би стати належним і допустимим доказом.

3. Збір і оброблення матеріалів дослідження. Першим етапом цієї роботи є розшук матеріалів з урахуванням пояснень довірителя. Пошук людей, яким щось відомо про подію або інші факти, що можуть бути використані на користь сторони. Відтак одержання відкритої інформації у пресі шляхом запитів, звернення у різні установи. Запит часом

⁸⁴ *Проблему адвокатського дослідження тільки поставлено. Практика неминуче розгляне питання про спеціалізацію адвокатів, які працюють у цьому напрямі, як це має місце в окремих країнах Європи й Америки. Специфіка дослідження визначає і ті методи, які на законних підставах може використати адвокат. Подібні «дослідження» балансують на межі законності та вимагають надто делікатного підходу.*

є ефективним способом одержання інформації. Він має здійснюватись у письмовій формі з усіма атрибутами офіційного звернення: на бланку, з підписом, засвідченим печаткою адвоката, з посиланням на норми закону.

Оброблення матеріалів дослідження та їх юридичний аналіз здійснюються з метою оцінки придатності одержаних матеріалів для потреб справи. Можна для себе підготувати коротке резюме щодо отриманих матеріалів з тим, щоб підготовлену по свіжих слідах інформацію мати під рукою й у будь-який момент викладену в резюме аргументацію перенести безпосередньо у клопотання, заяву чи інший процесуальний документ.

До відкритих джерел інформації належать преса, Інтернет, інші інформаційні системи.

Важливим джерелом інформації є роз'яснення працівників податкової служби та їх обов'язок дати відповідь на запит щодо застосування податкового законодавства.

Взагалі податкова служба — невичерпне джерело інформації, яку слід використовувати за допомогою як офіційних запитів, так і особистих зв'язків. Зазвичай тактика одержання інформації вибудовується через посередників. Відомо, що ланцюжки знайомств будь-яких двох людей на планеті не перевищують восьми рукостикань⁸⁵.

Різні адресні бюро, телефонні довідники також є цінними джерелами інформації. Існує низка інформаційних служб в органах МВС. Інформацію від таких служб, як правило, можуть одержати тільки співробітники поліції. Для одержання інформації слід назвати пароль, свій робочий телефон та інші дані. Час від часу методику одержання запиту змінюють.

Засоби електронної інформації — важливе джерело для одержання відомостей, які можуть цікавити адвоката. Стільникові телефони містять відповідну інформацію. Звичайно, одержати безпосередньо роздруковки стільникових телефонів адвокатів та перетворити їх на доказ важко. Цінну інформацію містять і вуличні карткові таксофони. У таксофонних компаніях зберігаються номери таксофонної картки, телефонний номер, за яким «дзвонила» картка. Співставлення цих даних дає можливість ідентифікувати особу.

Будь-яка особа, що купує білети на поїзд або літак, залишає свої паспортні дані та прізвище, а відтак її поїздки можливо проконтролювати через запит до відповідних систем. У багатьох магазинах ведеться

⁸⁵ *Журналистское расследование. Агентство журналистских расследований А. Константинова. — СПб., 2001. — С. 144.*

відеоспостереження всіх, хто входить до магазину. Ці дані можуть бути використані для ідентифікації особи.

Приклад. У військовослужбовця викрали доньку. До міліції батько не хотів звертатись. Вивчення фотографій доньки та її друзів нічого не дало. Втім, батько згадав, як дочка розповідала, що її знайомий підписував свої повідомлення на пейджер: Зелібоба. Знайомий хакер зрадів: «З таким прізвищем я його точно знайду». Зелібобу було знайдено разом із полонянкою⁸⁶.

Отже, особа або її адвокат, якщо вони навіть не мають спеціальної підготовки, може провести самостійне дослідження з метою одержання певної додаткової інформації, яка стосується справи. Втім, у виборі методів одержання інформації вони мають проявити певну обачність і зіставляти свої кроки з реальною можливістю перетворення одержаної інформації на факти, які можуть бути використані як докази у справі, і не просто у фактичні дані, а такі, що вказують на користь довірителя. Шлях, який пройшов адвокат або особа, яка бере участь у справі, до джерела інформації, може бути різний, не завжди обов'язково повідомляти, за допомогою яких кроків і методів інформацію одержано. Важливо лише, щоб під час одержання та надання доказів було дотримано правову чистоту та законність і відомості про фактичні дані, які можуть бути використані як доказ, відповідали вимогам належності та допустимості доказів.

Наприклад, адвокат одержав або навіть купив звукозапис, який містить дані, які обґрунтовують позовні вимоги. Шлях, за допомогою якого одержано плівку, може не відповідати вимогам допустимості доказу. Однак, використавши інформацію, адвокат зміг знайти свідка, звукозапис щодо якого є на плівці. В цьому випадку адвокат може заявити клопотання про допит свідка з обставин, які мають значення для справи. Такий допит є належним і допустимим джерелом інформації.

Отже, адвокат чи інша особа, яка бере участь у справі, може збирати відомості про факти, здійснювати пошук осіб з метою їх опитування та звернення до суду з проханням допитати таких осіб як свідків, якщо метою таких дій є одержання доказів, потрібних для реалізації своїх прав та обов'язків.

Коло потрібних доказів визначається з урахуванням характеру заявлених вимог і заперечень на них. Іноді такі докази визначаються у за-

⁸⁶ Журналистское расследование. Агентство журналистских расследований А. Константинова. — СПб., 2001. — С. 168.

коні. Так, ст. 239 ЦПК для встановлення фізичної особи недієздатною передбачає проведення судово-психіатричної експертизи.

Частина 2 ст. 57 ЦПК дає перелік засобів доказування, з яких суд одержує докази. Цей перелік є вичерпним. Порівняно з ЦПК 1963 року він зазнав змін. Відомості про факти може бути одержано на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків. Такий допит проводиться за правилами ст. 180 — 182, якщо сторона, третя особа, їх представники заявляють, що факти, які мають значення для справи, їм відомі особисто. У цьому випадку вони за їх згодою допитуються як свідки (див. коментар до ст. 184). Отже, пояснення сторін, третіх осіб віднесено до засобів доказування тільки в тій частині, в якій ці особи допитані як свідки. Не можна бути свідком у своїй справі (*nemo testis idoneus in causa propria*)⁸⁷. Норма коментованої статті ЦПК є своєрідним компромісом між цими двома позиціями.

Адвокати й інші учасники процесу мають користуватись цими новими можливостями й за потреби звертати увагу суду на те, що пояснення, які дає сторона, не належать до доказів, якщо цей учасник не допитується як свідок.

Докази мають відповідати вимогам належності, допустимості, достовірності та достатності.

Достовірність — це така якість доказів, що характеризує точність, правильність відображення обставин, які входять до предмета доказування.

Суд має впевнитись у достовірності доказу, тобто з'ясувати, чи правду говорить свідок, чи відповідають дійсності відомості, які подано у документі.

Якщо належність, допустимість або достовірність доказів оцінюються на будь-якій стадії цивільного процесу, то достатність доказів з'ясовується, як правило, під час вирішення справи.

Однак адвокат, перш ніж прийняти на себе доручення, перевіряє, чи достатньо доказів для відстоювання певної правової позиції. Достатність доказів у кожній справі оцінюється індивідуально. Достатність доказів — якісний показник справи. Недостатність доказів може бути пов'язана з наявністю тільки одного непрямого (евентуального) доказу, оскільки дозволяє лише припускати можливість щодо певного факту, а не робити достовірний висновок щодо нього.

⁸⁷ Штефан М. Й. *Цивільне процесуальне право України. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 294.

Недостатніми є докази, які суперечать один одному або достовірність яких під сумнівом (покази заінтересованого свідка, пояснення сторін, не підкріплені іншими даними, тощо). Недостатні докази не можуть бути покладені в основу судового рішення доти, доки їх недолік не буде усунуто збиранням додаткових доказів.

Отже, **достатність** доказів — якісна сукупність наявних доказів, потрібних для вирішення справи⁸⁸.

Доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі. Професійний суддя в першу чергу контролює це питання, відрізаючи все зайве і непотрібне. Однак не завжди суддям це вдається.

Приклад. У зв'язку із закриттям провадження у кримінальній справі Р. вимагав від Генеральної прокуратури і Міністерства внутрішніх справ відшкодування моральної шкоди, зумовленої безпідставним її порушенням. У позові було відмовлено на тій підставі, що позивач не надав суду жодного рішення, яким дії відповідачів були б визнані незаконними, а також не надав доказів на підтвердження наявності причинового зв'язку між шкодою і протиправними діями відповідача. Апеляційний суд залишив це рішення в силі. Насамперед, суд не змінив неналежного відповідача, оскільки вказані органи не несуть у цій ситуації цивільної відповідальності. У цій справі значення має постановою про закриття кримінальної справи. Позивач її подав. І цього достатньо. Вина службових осіб, як зазначено у статті 1176 ЦК, не береться до уваги, а отже, не має значення для ухвалення рішення⁸⁹.

Л., яка проходила вулицею, покусав англійський дог. Протягом 15 днів вона перебувала на амбулаторному лікуванні. Л. вимагала від власника собаки відшкодування моральної шкоди у сумі 10 тис. грн. Сторони зійшлися на сумі 2500 грн. Подільський районний суд м. Києва частково задовольнив позов, зазначивши так: «Л. перенесла душевний стрес, зазнала фізичних страждань, у неї почалися головні болі, підвищився тиск, в результаті прийому ліків порушилася робота печінки, стала боятися собак». Суд правильно розцінив володіння цією собакою як джерело підвищеної небезпеки⁹⁰.

⁸⁸ Там само.

⁸⁹ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 153.

⁹⁰ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 153.

На жаль, доводиться констатувати, що є непоодинокими випадки, коли сторони (адвокати) просять викликати свідків не для підтвердження фактів, що мають юридичне значення, а для «характеристики особи або події, намагаються передати суду різні документи, які не мають прямого зв'язку зі справою, клопотання різних осіб, з метою вплинути на рішення суду в той чи інший бік, або письмові пояснення особи, яка може бути допитана як свідок»⁹¹. Це давня хвороба, на яку ще в 1970-х роках вказували Д. П. Ватман і В. А. Єлизаров, утім, і донині ця проблема не втратила актуальності.

ЦПК 2004 року у ст. 57 розкриває поняття доказів. Проте є істотна різниця, яка має враховуватись з моменту набрання чинності новим кодексом. Частина 2 ст. 57 ЦПК розширила засоби доказування, тобто ті джерела, з яких суд черпає фактичні дані. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показів свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів. Перелік цих засобів доказування є вичерпним.

Відповідно до ч. 1 ст. 27 ЦПК 1963 року (та ч. 1 ст. 57 ЦПК 2004 року) доказами є не факти і не обставини, а фактичні дані, тобто відомості про факти. Для суду жодні докази не мають заздалегідь встановленої сили, вони мають бути одержані в процесуальній формі, тобто із зазначених у законі джерел і передбаченими у законі способами.

Становить інтерес питання про допустимість даних, одержаних за допомогою нотаріуса, іншої посадової особи. Стосовно цих питань є низка публікацій у літературі⁹². Висловлюємо свою думку. Нині до офіційного врегулювання цього питання у законі можливості здобуття та використання доказів за допомогою нотаріуса чи іншої посадової особи є обме-

⁹¹ Ватман Д. П., Єлизаров В. А. *Адвокат в гражданском процессе.* — М., 1969. — С. 34.

⁹² Фурса С. Я. *Проблеми забезпечення доказів нотаріусами та суддями. Чи можлива аналогія?* // *Юриспруденція: теорія і практика.* — 2004. — № 2 (2). — С. 10 — 23; Фурса С., Цюра Т. *Докази і доказування у цивільному процесі.* — К., 2005. — С. 102 — 121; Фурса С. Я., Фурса Є. І. *Адвокат у цивільному процесі.* — К., 2006. — С. 106 — 129; *Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Жуйкова, В. К. Пучинского, М. К. Треушниковой.* — М., 2003. — С. 208; *Постатейный комментарий. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации / под ред. П. В. Крашенинникова.* — М., 2005. — С. 63; Сиротина И. А. *Образцы нотариальных документов.* — М., 1998. — С. 195; *Гражданский процесс: наука и преподавание.* — Городец, 2005. — С. 151 — 160; 161 — 169.

женими. Як правило, це можуть бути письмові заяви осіб, підпис яких засвідчено нотаріусом, та інші письмові документи. Такі заяви судом визнаються як письмовий доказ. Хоча у правових системах інших країн, переважно у США, така форма є поширеною.

Вважаю, щодо України можна б запозичити з певними обмеженнями американську практику використання афідевітів. Афідевіт у США розуміють як вчинену під присягою заяву перед уповноваженою посадовою особою⁹³. До речі, дещо схоже використовують в українській практиці прокурори, коли відбирають у громадян письмові пояснення, попереджуючи їх про кримінальну відповідальність, а потім ці пояснення використовують під час пред'явлення цивільного позову.

ПРО СПОСОБИ ОДЕРЖАННЯ ІНФОРМАЦІЇ

Інформація, яка може бути використана у суді як доказ, становить певну цінність, тому людина, яка має таку інформацію, перш ніж поділитись нею, може зажадати певної винагороди. Адвокат, вступаючи у контакти з людьми, одержує колосальну кількість інформації, обговорюючи ті чи інші аспекти справи у невимушеній, діловій обстановці (у ресторані, кафе, на концерті). Такі «розмови» можуть бути записані на диктофон і пізніше проаналізовані на предмет можливості їх використання як покази свідка чи з іншою метою.

Практика в США показує, що адвокати нерідко виплачують за рахунок клієнта певну винагороду за згоду виступити в суді як свідок, сплачують за його пересування та проживання тощо. Безумовно, що в Україні наявність у суду відомостей про винагороду, яку сплатив адвокат свідкові, могла б підірвати довіру до такого свідка. Подібні дії адвоката могли б також дістати негативну оцінку з боку кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури.

У роботі юридичних фірм, адвокатських бюро тощо цінною є й інформація, яка використовується не лише як докази. Тому співробітники цих фірм постійно перебувають у пошуку нових знайомств, зв'язків тощо. Наявність інформації дає переваги у конкурентній боротьбі.

Наприклад, використовуючи родинні зв'язки одного із працівників юридичної фірми та винагороду, адвокати фірми, які спеціалізувались на реєстрації товариств «під ключ», одержали можливість просувати свої документи про реєстрацію поза чергою. Добрі відносини з апаратом

⁹³ Пучинский В. К. *Гражданский процесс США*. — М., 1985. — С. 63.

суду можуть дати великий обсяг інформації про того чи іншого суддю, його слабкі та сильні сторони, родинні зв'язки тощо.

В одній із справ про банкрутство і ліквідацію підприємства адвокатське бюро наштовхнулося на сильну протидію з боку районного суду за місцем знаходження банкрута. Підприємство перебувало в стадії ліквідації. Його активи становили понад 100 млн грн., що дозволяло погасити основну частину боргу перед кредиторами. Зокрема, за рахунок продажу акцій третіх підприємств, володільцем яких був банкрут. Процедура банкрутства, порушена господарським судом, тривала вже третій рік. І в розпал реалізації майна до арбітражного керуючого надійшла ухвала районного суду Н-ського району про заборону на реалізацію майна на суму понад 100 млн грн. для забезпечення позову на суму 560 грн.

Нескладне адвокатське розслідування показало, що правову допомогу заінтересованій стороні надає син одного з керівників апеляційного суду. Під час ознайомлення з позовною заявою виявилось, що вона містить вимогу про виділ паю з підприємства-банкрута. Заява була написана формально, оскільки головною метою було накладення заборони на реалізацію майна підприємства-банкрута та затягування ліквідаційних процедур. Аналіз позовної заяви засвідчив, що вона не відповідає встановленим до цього документа правилам: відсутня ціна позову, вимоги щодо вартості паю викладено у неіснуючій валюті (карбованцях), суд, всупереч вимогам ст. 127 ЦПК, не надіслав копію про відкриття провадження у справі та копію позовної заяви з копіями доданих до неї документів.

Адвокат, який був залучений до участі у справі арбітражним керуючим, оскаржив до апеляційного суду ухвалу про забезпечення позову, вказавши на явну несумірність такого забезпечення, а також звернувся до апеляційного суду з проханням не включати до складу суду, який вирішує справу в апеляційному порядку, голову апеляційного суду, який є батьком юриста, що надавав правову допомогу другій стороні. Був заявлений і відвід усьому складу суду з мотивів, що ці судді перебувають у адміністративній залежності від керівника суду. Адвокат вважав за потрібне довести до відома суддів, що він знає про родинні зв'язки представника протилежної сторони з керівництвом суду⁹⁴. Водночас зрозуміло, що в цій ситуації такий відвід не буде задоволений. Крім того, суддя, який є керівником суду, не потребує введення до складу колегії суддів, щоб вплинути на результат розгляду справи.

Цінною є й інформація про методику підготовки заяв, позовних заяв інших документів, зразки таких заяв, інформація про допущені

⁹⁴ З архіву автора.

адвокатами помилки під час ведення справ тощо⁹⁵. Так, знані адвокати Резніков і Власенко на одному із семінарів розкрили метод підготовки до складної справи шляхом залучення іншого адвоката (це був теж відомий адвокат Олег Макаров), який мав представляти протилежну сторону в моделюванні майбутнього процесу. Так би мовити, «адвокат диявола». Таке моделювання не є якимось особливим секретом, утім, чи багато є адвокатів, які використовують цей метод у підготовці до складних справ?

Один з найпоширеніших способів одержання інформації — прийняття на роботу людей, які працювали в конкуруючій юридичній компанії, щоб використати їхні знання та можливості одержання інформації («перевербування»). Як правило, це можуть дозволити собі великі юридичні компанії. Таке вливання «свіжої крові» може дати позитивний результат. В Україні є випадки впровадження своїх працівників на роботу в суди (насамперед господарські). Таке впровадження може дати на тривалий час одержання цінної інформації буквально зсередини судової системи, а також у пошуку клієнтів. Недооцінювати масштаби такого явища не варто.

Окремі компанії (зокрема у справах про банкрутство тощо) не бажають показувати свою заінтересованість у певній справі. У таких випадках використовують метод залучення компанії-прикриття, яка, у свою чергу, наймає адвокатів для ведення справи із санації конкретного підприємства та викупу. Нерідко для цього залучають відомого їм арбітражного керуючого та за його допомогою одержують певні вигоди від процесу банкрутства.

Успішним є і проникнення до баз даних юридичних фірм, що дає інформацію про клієнтів, справи, які веде юридична фірма, методику підготовки документів тощо. Публікацій на цю тему щодо юридичних фірм майже немає, втім, є приклади з практики хакерів. Студент коледжу одержав доступ до комп'ютерної мережі американського департаменту оборони і повітряних сил, використовуючи домашній комп'ютер. Група підлітків зламала комп'ютерну систему лабораторії ядерної зброї (при-

⁹⁵ Автору цих рядків окремі колеги нарікали на те, що він «розкриває секрети професії». З цього приводу скажемо так. Жодних особливих секретів професії адвоката немає. Проте є певний специфічний набір прийомів і методів, якими має володіти адвокат для того, щоб успішно представляти інтереси клієнта і які можна назвати адвокатською технікою. Для підвищення рівня правосуддя важливо, щоб адвокати обох сторін мали достатній рівень підготовки, що так чи інакше змусить підтягуватись на цей рівень і суддів. Нині бачимо, на жаль, іншу тенденцію, коли рівень кваліфікації суддів вищий, ніж адвокатів.

чому один з них закінчив тільки шеститижневі комп'ютерні курси). Радянські спеціалісти в 1981 році зламали базу даних виробництва літаків у Локхіді, а також дісталися до «Край-1», головної комп'ютерної системи Британії, та вирахували систему ядерної зброї тощо.

Слід зауважити, що у конкурентній боротьбі різних юридичних фірм для одержання інформації може бути використано ті самі прийоми, що й у системі економічного шпіонажу. Особливо успішним вважається залучення жінок-агентів, яких тренують бути «ластівкою», тобто агентом-шпигуном. Так, секретарка, що працювала 26 років на президента Західної Німеччини, передала секретну інформацію про зброю тощо за допомогою фотокамери, вмонтованої в тюбик губної помади, — і все заради свого коханця зі Східної Європи⁹⁶.

Велика частина інформації може бути одержана під час проведення семінарів, юридичних форумів тощо. Участь у таких семінарах дозволяє зав'язати знайомства із суддями, представниками Міністерства юстиції України тощо. Тому відомі юридичні фірми самі намагаються організувати семінари, які забезпечують клієнтів і можливість спілкування із суддями, іншими державними посадовими особами у неофіційній обстановці. Так проводились семінари в Ялті у фешенебельному готелі «Інтер», куди судді Верховного Суду та Конституційного Суду України залюбки приїжджали на семінар. Це дозволило одержати інформацію про судову практику та поставити запитання «з перших рук». Кожне таке запитання, подане під певним кутом, може бути способом впливу (або навіть навіювання) на конкретного суддю.

Новий ЦПК передбачив можливість розкриття інформації, яка становить банківську таємницю. Розкриття такої інформації через треті фірми може бути використано в інтересах особи-замовника, яка має намір подати позов, використавши таку інформацію. Тобто прямо така особа звернутись до суду не може, оскільки її заява ґрунтується на спорі і суд запропонує подати позов на загальних підставах (ст. 289 ЦПК). Щоб обійти це правило, використовують третю фірму, яка може безпосередньо звернутися з вимогою про розкриття інформації.

Існують методи свідомо недобросовісного підходу до усунення конкурентів або небажаного судді. Наприклад, з'ясовують рахунок судді або його родичів у банку і перераховують на цей рахунок певну суму коштів від імені другої сторони (такі факти мали місце). Після цього адвокат у судовому засіданні заявляє відвід судді, стверджуючи, що хоч

⁹⁶ *Парад Борис. Коммерческий шпионаж. — М., 2005. — С. 32.*

і немає підстав говорити про наявність корупційних відносин, але чомусь такі кошти надходили конкретному судді.

У справі за позовом прокурора одна зі сторін заявила відвід судді на тій підставі, що вона як дочка прокурора зберігає тісні зв'язки з прокуратурою і через добрі, товариські стосунки може вирішити справу необ'єктивно. Як це не дивно, але відвід було задоволено⁹⁷.

Отже, юридичні фірми, адвокатські об'єднання володіють великим масивом інформації, яку в недобросовісних руках може бути використано проти клієнтів.

ПОПЕРЕДНЯ ОЦІНКА ТА ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОКАЗІВ І ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ

Одним із перспективних напрямів досудової підготовки до справи є одержання попереднього тлумачення норм закону та доказів. Ці можливості ще не повною мірою використовуються в адвокатській практиці. Тлумачення⁹⁸ закону дають у своїх роз'ясненнях суди, в окремих передбачених законом випадках — податкова служба й інші органи. *Тлумачення норм права* (інтерпретація) — це розумова діяльність суб'єкта, пов'язана зі встановленням їх точного значення (змісту). Тлумачення норм складається з двох елементів:

- з'ясування* — розкриття значення юридичних норм «для себе»;
 - роз'яснення* — розкриття значення юридичних норм «для інших».
- Метою діяльності, пов'язаної з тлумаченням норм права, є:
- правильне й однакове розуміння;
 - правильне й однакове застосування⁹⁹.

Приклад. *М. за порадою адвоката, перш ніж укласти правочин, звернувся за роз'ясненням до податкової служби. Щодо закону податкова служба зобов'язана надати роз'яснення, які стосуються податкових відносин. Пізніше позиція податкової служби змінилася, і проти М. було пред'явлено позов у суд та порушено кримінальну справу. Посилаючись на податкове роз'яснення, адвокат успішно здійснив захист інтересів М. За рішенням суду постанову про по-*

⁹⁷ З архіву автора.

⁹⁸ У правовій літературі термін «тлумачення», як правило, вживається у вузькому сенсі. Вважаємо, що при кожному застосуванні тієї чи іншої норми суди дають її певне тлумачення. Кожен адвокат, надаючи консультації, також здійснює тлумачення норми права та приведення цієї загальної норми до конкретної життєвої ситуації.

⁹⁹ Скакун О. Ф. *Теорія держави і права.* — Харків, 2001. — С. 404.

рушення кримінальної справи було скасовано, а у задоволенні позову до М. було відмовлено.

Цивільний кодекс України передбачив можливість тлумачення правочину. Але ж правочини (договори й інші угоди) є чи не основним доказовим матеріалом у більшості цивільних спорів. «Потреба тлумачення змісту правочину може бути викликана різними обставинами: включенням до тексту правочину терміна, який неоднозначно трактується сторонами; неузгодженістю окремих частин правочину; помилковим вставленням до тексту правочину сполучника «і» замість «або» тощо».

Приклад. У 1994 р. посадовою особою виконкому сільської ради було посвідчено заповіт, який складався з двох пунктів. У першому зазначалося: «заповідаю сестрі половину приватизованої квартири». А в другому: «усе своє майно заповідаю синові». За позовом сестри суд провів тлумачення заповіту, зробивши висновок, що синові заповідачка виділила все інше майно, крім квартири. При цьому суд взяв до уваги, що сестра заповідачки тривалий час проживала з нею, доглядала її, власного житла не має, а син, навпаки, має своє помешкання.

Тлумачення має проводитися на підставі буквального значення слів, які були використані сторонами, порівняння всіх частин правочину. Якщо цього замало, справжню волю особи може бути виявлено з урахуванням мети, яку вона прагнула досягти, змісту попередніх переговорів, усталеної практики взаємин сторін, звичаїв ділового обігу, подальшої поведінки сторони, а також інших обставин, що мають істотне значення¹⁰⁰.

У результаті одержання рішення про тлумачення певного правочину можна запобігти можливим у майбутньому спорам або ж досягти такої визначеності у відносинах сторін, яка обумовлюватиме і вирішення майбутнього можливого спору. Правовою підставою для таких позовів є ст. 213 ЦК України. Відбираючи докази, адвокат має визначитись, яким із видів доказів простіше і переконливіше можна підтвердити той чи інший факт.

Особи, які не мають фундаментальної підготовки, сприймають кожную статтю закону як щось окреме. І для з'ясування змісту припису використовують переважно лексичне тлумачення¹⁰¹. Характерно, що досить часто судді через зайнятість замість того, щоб самостійно провести аналіз ситуації, схильні до пошуку прецедентів, аналогічних випадків із судової практики. Між тим у правозастосовній практиці слід рухатись

¹⁰⁰ Ромовська З. *Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 341.

¹⁰¹ *Гражданский процесс: наука и преподавание.* — Городец, 2005. — С. 161.

від загального до окремого, від правової норми до конкретного випадку, а не від прикладу до прикладу.

Вважаю, що таку помилку допустили й автори проекту ЦПК, коли зобов'язали Верховний Суд України перевіряти справи не шляхом правового аналізу та системного підходу, а спрямувавши суд на перевірку неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одного й того самого положення закону (ст. 354 ЦПК).

ДОКАЗУВАННЯ. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ДОКАЗУВАННЯ

Кожна зі сторін має право на одержання законного та обґрунтованого рішення. Стаття 60 ЦПК розподіляє тягар доказування між сторонами¹⁰². Позивач чи третя особа із самостійними вимогами доводять обставини, якими вони обґрунтовують свої вимоги, а відповідач — обставини, якими він обґрунтовує заперечення проти вимог.

Однак суд зобов'язаний сприяти сторонам у повному та всебічному з'ясуванні обставин справи шляхом попередження про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприянню їх прав (ст. 10 ЦПК). За судом залишається і обов'язок постановити обґрунтоване рішення.

Доказуванню не підлягає та обставина, щодо якої немає спору.

Приклад. *В. позичив братові Л. 50 тис. грн. на підставі усного договору. У зв'язку з неповерненням позиченого В. звернувся в суд. Л. визнав факт укладення договору, прострочення пояснив скрутним матеріальним становищем. Якщо б Л. не визнав факту укладення договору, В. не мав би необхідного доказу обґрунтованості позову. Визнання відповідачем боргу засвідчило відсутність спору щодо укладення договору позики, тому цей факт не потребував доведення¹⁰³.*

У ч. 4 ст. 60 ЦПК зазначено, що доказування не може ґрунтуватись на припущеннях.

Приклад. *Після розірвання шлюбу Г. подала заяву про стягнення аліментів на утримання двох 14-літніх дітей по 3000 грн. на кожну. Відповідач, власник і генеральний директор однієї фірми, подав до суду*

¹⁰²Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 35.

¹⁰³Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 154.

довідку про зарплату в розмірі 700 грн. (яку він сам собі і призначив). Позивачка подала докази про наявність у відповідача кілька десятків земельних ділянок, про те, що він сплачував проценти за кредит в розмірі кілька тисяч доларів в місяць. Суд не взяв до уваги ці докази і вирахував пенсію з його довідки і мінімальної заробітної плати.

Апеляційний суд рішення скасував і задовольнив позов. Колегія судів Вищого спеціалізованого суду рішення апеляційного суду скасувала на тій підставі, що позивачка не довела одержання відповідачем доходів від використання наявного у нього майна, а рішення суду не може ґрунтуватися на припущеннях¹⁰⁴.

У разі якщо одержання певного доказу є утрудненим, суд зобов'язаний сприяти сторонам у його одержанні у передбачених законом випадках. Слід мати на увазі, що не всі докази можна одержати шляхом запиту, зокрема запиту адвоката. Поширеною є практика, коли навіть державні органи відмовляють у видачі доказів, наприклад, копій статутних документів, рішень тощо, мотивуючи це тим, що такі документи надаються тільки на підставі вимоги суду або прокурора. Нерідко право адвоката на запит документів, передбачене законом «Про адвокатуру», ігнорується.

Закон встановлює, що докази подаються сторонами й іншими особами, які беруть участь у справі. Оскільки свідок не належить до осіб, які беруть участь у справі, він не може подавати докази. Свідок сам є джерелом доказів. Якщо ж внаслідок пояснень свідка з'ясується, що він має важливі для справи письмові або речові докази, то питання про приєднання цих доказів до справи вирішується судом з урахуванням клопотань сторін та інших осіб, які беруть участь у справі.

Відповідно до ст. 10 ЦПК суд має попередити сторони про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій, якщо вони вважають зайвим витребувати та приєднувати такий доказ.

Слід зважати, що суд визначає межі доказування та вирішує питання предмета доказування з урахуванням вимог і заперечень сторін. Водночас сторони й інші особи, які беруть участь у справі, мають усвідомлювати, що витребування доказів за ініціативою суду згідно з буквальним прочитанням ст. 10 ЦПК не є обов'язком суду. Попередивши учасників процесу про можливі наслідки невитребування або ненадання певного доказу, суд формально виконав свій обов'язок.

¹⁰⁴ З архіву автора. Я представляв інтереси позивачки і по сьогодні вважаю, що рішення касаційного суду було несправедливим.

Стаття 131 ЦПК встановлює обов'язок подання доказів чи повідомлення про них суду до або під час попереднього судового засідання у справі.

Відповідно до ст. 119 і 131 Кодексу сторони зобов'язані надати суду свої докази або повідомити про них суд до чи під час попереднього судового засідання у справі. Зокрема, п. 6 ст. 119 Кодексу передбачає тільки зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину або наявність підстав для звільнення від доказування.

Таку позицію озвучено, зокрема, у виданні «Юридична практика» (№ 20 від 16 травня 2006 р.). Якщо відповідно до ст. 131 ч. 1 ЦПК докази не подаються і сторона тільки повідомляє про них суд, то в обов'язок останнього входить встановити строк, протягом якого потрібно їх подати, з урахуванням часу для подання доказів.

Таким чином, сторона навіть під час попереднього судового засідання не зможе за певних умов ознайомитися з доказами. Цей порядок відкриває дорогу адвокатам для певних тактичних ходів з метою тримання другої сторони та суду у невідомості про наявність потрібних доказів.

Збирати і подавати докази суду — це не юридичний обов'язок, а лише передумова задоволення чи відхилення позову, — пише проф. Зорислава Ромовська.

В. звернулася з позовом про відшкодування витрат на поховання сестри Д. Позивачка стверджувала, що корова, належна Ч., на пасовищі травмувала Д., яка пасла череду. Районний суд вважав, що шкода заподіяна джерелом підвищеної небезпеки, і задовольнив позов. Апеляційний суд залишив це рішення без змін. Розглядаючи касаційну скаргу Ч., суд дійшов висновку, що позивачка не довела, що саме корова Ч. завдала шкоду, оскільки червоної масті були і інші корови. У результаті справу було передано суду першої інстанції на новий розгляд. Проте ні сама норовиста корова, ні її тримання в господарстві як діяльність не є джерелом підвищеної небезпеки¹⁰⁵.

Приклад. *Неповнолітній В., катаючись на роликівих ковзанах на набережній, зіткнувся з металевю огорожею і отримав важкі тілесні ушкодження. Мати дитини звернулася до Ужгородської міської ради з позовом про відшкодування завданої шкоди. Районний суд у позові відмовив на тій підставі, що огорожа була встановлена відповідно до рішення відділу транспорту та зв'язку задля безпеки учнів. Апеляційний суд задовольнив позов частково. Касаційна інстанція рішення*

¹⁰⁵ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 152.

апеляційного суду скасувала і в позові відмовила, оскільки позивачка не довела факту протиправної дії чи бездіяльності Ради¹⁰⁶.

Під час розгляду апеляційної скарги на рішення суду про стягнення «студентських» аліментів відповідач несподівано заявив, що дочки проживають уже не з позивачкою, а з ним. Суд відклав перегляд справи, хоча відповідач не подав жодного доказу зміни дочками місця проживання. У цьому разі можна говорити як про зловживання відповідачем своїми процесуальними правами, так і про затягування судового процесу з боку апеляційного суду. Адже голослівні заяви про зміну певної обставини не можуть мати процесуальних наслідків¹⁰⁷.

Становить інтерес і питання про обов'язок суду витребувати докази (137 ЦПК). Найефективнішим у цих ситуаціях вважається застосування п. 3 ч. 1 ст. 91 ЦПК — постановлення ухвали про тимчасове вилучення доказів для дослідження судом. За клопотанням сторони суд має інформувати в судовому засіданні про виконання його вимог щодо витребування доказів (ч. 7 ст. 137 ЦПК)¹⁰⁸.

Головним завданням суду в розгляді та вирішенні цивільної справи є з'ясування дійсних взаємовідносин сторін і захист порушеного або оспорюваного права. Таке з'ясування можливе тільки шляхом дослідження й оцінки доказів у справі, які надаються сторонами й іншими особами, що беруть участь у справі. Таку діяльність називають *доказуванням*.

«**Доказуванням** є діяльність суду та осіб, які беруть участь у справі, зі збирання, дослідження й оцінювання доказів, спрямована на з'ясування дійсних прав і обов'язків учасників спірного матеріального правовідношення»¹⁰⁹.

Частина 3 ст. 60 ЦПК наголошує на тому, що доказуванню підлягають тільки ті обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір. По суті, у цій формулі викладено межі судового розгляду,

¹⁰⁶ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 152.

¹⁰⁷ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 153.

¹⁰⁸ Ярема А. Г., Давиденко Г. І. Новели цивільного судочинства // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 4.

¹⁰⁹ Тертышников В. И. Гражданский процесс. — Х., 2002. — С. 116.

це та бритва Оккама, за допомогою якої суд відтинає все зайве і непотрібне для справи.

Частина 4 ст. 60 ЦПК встановлює, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях. Цю норму не слід плутати з існуючими презумпціями, встановленими нормами матеріального права. Так, особа, яка завдала шкоди, звільняється від відшкодування, якщо доведе, що шкода завдана не з її вини. У такому разі за допомогою презумпції визначається питання про те, на кому лежить тягар доказування відсутності вини. Частина 1 ст. 122 СК встановлює презумпцію шлюбного походження дитини, яка складається з двох частин: презумпції материнства дружини та презумпції батьківства чоловіка¹¹⁰. Протилежне має бути доведено.

У будь-якій справі можуть мати місце обставини, які завдяки закону не потрібно доказувати. Достатньо лише вказати на них у суді. До них належать загальновідомі, преюдиціальні факти, а також обставини, визнані сторонами й іншими особами, які беруть участь у справі.

Частина 1 ст. 61 ЦПК встановлює, що обставини, визнані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, не підлягають доказуванню. Визнання сторони чи іншої особи, яка бере участь у справі, — це повідомлення суду тих відомостей про факти справи, які має доводити інша сторона¹¹¹. Таке визнання має бути висловлено. Простого незаперечення яких-небудь обставин недостатньо. Суд зобов'язаний упевнитись, що сторона чи інша особа, яка бере участь у справі, правильно зрозуміла запитання й усвідомлює, що вона визнає обставину, на яку вказує інша сторона. Суб'єктом визнання можуть бути не лише сторони, а й інші особи, які беруть участь у справі. Отже, якщо той чи інший факт визнають сторони, але проти нього заперечують інші учасники, які беруть участь у справі або дають пояснення, які спростовують визнання певного факту, то такий факт підлягає доказуванню.

У зв'язку з цим не можна погодитися з твердженням, що «відсутність будь-яких заперечень з боку відповідача стосовно встановлення певної юридичної обставини, що зазначена в позові, має розглядатися як її пасивне визнання»¹¹². Крім того, ч. 4 ст. 176 ЦПК у випадку нечітких відповідей надає суду право зажадати конкретної відповіді — «так» чи «ні».

¹¹⁰Ромовська З. *Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар*. — К., 2003. — С. 251.

¹¹¹Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар*. — Х., 2002. — С. 42.

¹¹²Фурса С., Цюра Т. *Докази і доказування у цивільному процесі*. — К., 2005. — С. 58.

Тут доречно згадати ч. 3 ст. 205 ЦК, згідно з якою тільки у випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням.

Визнання за обсягом буває повним (визнаються всі факти) або частковим (визнається частина фактів); за змістом — простим (беззастережним) і кваліфікованим (із застереженням). У поясненнях сторін про обставини справи можуть бути повідомлення, наявність чи відсутність фактів, які входять до предмета доказування другої сторони.

В юридичній літературі визнання фактів поділяють на судове та позасудове. «Такий поділ є неправильним, оскільки позасудове визнання здійснюється поза процесуальними нормами його одержання, а тому не є доказом»¹¹³. Підтвердження фактів, що входять у обов'язок доказування другої сторони, за межами цивільного процесу не є визнанням, а тому поділ визнання на судове і позасудове не має підстав¹¹⁴.

«Оскільки позов складається з предмета, підстав і змісту, а визнання можливе повне чи часткове, то кожний з елементів позову може бути об'єктом визнання»¹¹⁵.

Судове визнання звільняє іншу сторону від обов'язку доводити визнані факти, а позасудове є процесуальним доказовим фактом: сторона, на користь якої таке визнання зроблено, має довести факт визнання¹¹⁶. Визнання як засіб доказування слід відрізнити від визнання позову, тобто дії, суб'єктом якої може бути тільки відповідач або його представник.

На визнані факти за загальним правилом не поширюється правило про допустимість засобів доказування, за винятком випадків, коли певний факт має підтверджуватися нотаріально посвідченим документом (наприклад, факт купівлі-продажу нерухомості).

У ст. 178 ЦПК передбачено випадок, коли сторона відмовляється від визнання обставин, які вона визнала на попередньому судовому засіданні. У цьому випадку стороні належить довести, що визнала ці обставини внаслідок помилки, що має істотне значення, обману, насильства, погрози, тяжкої обставини або обставини, визнаної у результаті зловмисної домовленості її представника з другою стороною.

¹¹³ Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 295.

¹¹⁴ Юдельсон К. С. *Проблеми доказывания в советском гражданском процессе.* — М., 1951. — С. 207 — 208.

¹¹⁵ Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 295.

¹¹⁶ Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 295.

У разі прийняття відмови сторони від визнання обставин вони доводяться у загальному порядку.

На жаль, судовий процес не вказує, як бути, якщо в судовому засіданні особа (позивач або відповідач) то визнає певні обставини, то, навпаки, відмовляється від цього визнання. Вважаю, що в цьому випадку суд має з'ясувати причини відмови від такого визнання і залежно від обставин дати свою оцінку такій поведінці. Друга сторона або її адвокат, на мою думку, з дозволу суду можуть поставити запитання про причини зміни показів та їх підстави.

Приклад. У справі Б. про поділ майна подружжя позивачка відмовилася бути допитаною як свідок. У своєму поясненні вона, всупереч положенням позовної заяви (де стверджувалося, що квартира є її власністю, оскільки куплена на власні заощадження), визнала, що квартира куплена у шлюбі на спільні кошти, але зареєстрована на неї. Пізніше, у наступному судовому засіданні, вона спростувала саму себе і заявила, що квартира належить їй і не є спільною сумісною власністю. У зв'язку з цим адвокат відповідача поставив перед позивачкою Б. запитання про підстави, з яких вона відмовляється від визнання обставин.

Очевидно, що в судовому засіданні недопустимо кожні 10 хвилин змінювати свої пояснення та неодноразово то визнавати певні обставини, то відмовлятись від свого визнання. Для такої зміни мають бути поважні причини. Тому в ст. 178 ЦПК доречно було б викласти перше речення в такій редакції: «Відмова від визнання в судовому засіданні обставин приймається судом, якщо сторона...» і далі за текстом. Тобто з тексту речення доцільно виключити слово «попередньому», оскільки визнання обставин може мати місце не тільки у попередньому судовому засіданні.

Проте і без такої поправки суд має з'ясовувати поважність причин відмови від визнаних обставин.

Обставини визнаються судом *загальновідомими*, якщо про них знає широке коло осіб, зокрема, як правило, суд.

Такі обставини слід поділити на:

1) *всесвітньо відомі факти* — тобто факти, відомі всьому світу (наприклад, аварія на Чорнобильській АЕС 26 квітня 1986 року, теракт 11 вересня 2001 року у США, початок Другої світової війни тощо). Через масштабність наслідків дата і сам факт події відомі усьому світові;

2) *факти, відомі на теренах України або кількох держав* (Велика Вітчизняна війна, проголошення незалежності України тощо);

3) *локально відомі факти* — тобто факти, відомі на обмеженій території (наприклад, паводки, пожежі, що призвели до жертв у конкретній місцевості). Разом з тим потужні землетруси, цунамі, які спричинили

великі жертви, стають відомими широкому колу осіб (цунамі в Індонезії 2005 року) і набувають масштабу всесвітньо відомого факту.

Загальновідомі факти не потребують доказування, тому що їх достовірність очевидна, а доказування є зайвим.

Преюдиціальні обставини — це обставини, які встановлено судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало чинності; під час розгляду інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини (ч. 3 ст. 61 ЦПК). Преюдиціальність має свої критерії, пов'язані зі складом суб'єктів, яких вона стосується, та межами преюдиціальності, які встановлено рішенням суду або вироком.

Якщо судове рішення торкається інтересів осіб, яких не було притягнуто до участі у справі, то на цих осіб преюдиціальність не поширюється. Така ситуація може виникнути, якщо третю особу, яка заявила самостійні вимоги на предмет спору, не допустили в процес. При пред'явленні такою особою самостійного позову факти, встановлені в іншому процесі, не є преюдиціальними.

Властивість преюдиціальності поширюється тільки на ті факти, що зафіксовано у рішенні суду, якщо при цьому всі заінтересовані особи, яких ці факти стосуються, були залучені у процес. Однак це загально-теоретичне положення піддано сумніву у зв'язку з новелою, введеною у ч. 3 коментованої статті.

Правило про недопустимість повторного доведення преюдиціальних фактів дозволяє уникнути винесення рішень, які суперечать одне одному з одних і тих самих питань.

Факти, встановлені вироком суду, який набрав чинності, або постановою суду в справі про адміністративне правопорушення обов'язкові для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи з питань про те, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою. Таким чином, під час вирішення цивільної справи звільняються від доказування тільки два види фактів, зафіксованих у вирокові або справі про адміністративне правопорушення: 1) факт вчинення певної дії; 2) факти вчинення такої дії конкретною особою.

У ст. 32 ЦПК 1963 року звільнялись від доказування факти, які згідно з законом припускаються встановленими. Таке припущення може бути спростовано в загальному порядку. Оскільки презумпції існують через вимоги матеріального закону, то судам доведеться їх вирішувати у тому самому порядку, в якому склалася судова практика. Складається враження, що автори проекту ЦПК просто «забули» про презумпції.

Частина 3 коментованої ст. 61 ЦПК містить істотну новелу, яка може створити труднощі під час вирішення цивільних справ. Поняття преюдиції поширено і на особу, щодо якої встановлено певні обставини, незалежно від того, чи брала вона участь у цій справі. Отже, такого висновку можна дійти, якщо буквально розтлумачувати текст ч. 3 коментованої статті.

Частина 4 ст. 61 ЦПК визначає цивільно-правові наслідки вироку суду або постанови у справі про адміністративне правопорушення. Вирок чи постанова обов'язкові для суду тільки з питань про те, чи мали місце певні дії та чи вчинені вони особою.

Порівнюючи ч. 3 та ч. 4 ст. 61 ЦПК, можна дійти висновку, що обставини, які стосуються особи, щодо якої застосовано адміністративне стягнення, визначаються за ч. 4 коментованої статті. Обставини, встановлені в адміністративній справі щодо інших осіб, визначаються як преюдиція в порядку, визначеному ч. 3 цієї статті.

Така ускладнена конструкція преюдиції вимагає особливої уваги з боку суддів та осіб, які надають правову допомогу, оскільки формальне застосування цієї норми може призвести до порушення принципу верховенства права і засад справедливості.

У літературі наголошувалося на тому, що ці «зміни дозволять суду в розгляді позовів про відшкодування шкоди, спричиненої ДТП, приймати як належний і достатній доказ протиправності дій відповідача, у випадку завдання шкоди, постанови про притягнення відповідача до адміністративної відповідальності за порушення Правил дорожнього руху»¹¹⁷. Це дійсно так. А точніше, встановлений постановою суду факт стає преюдиціальним, і його вже не потрібно доказувати, проте неможливо й оспорити тій особі, яка не притягалася до участі у справі, якщо поряд з правопорушником щодо неї встановлено певний факт, пов'язаний з ДТП.

Так, у справі № 2/9а один суд визнав преюдиціальним факт поставки 60 664 т сировини для третьої особи, а інший суд цей факт не визнав преюдиціальним. У результаті виникла парадоксальна ситуація, коли два різні рішення суду, залишені чинними вищестоящими судами, містять діаметрально протилежні висновки з одного і того самого питання, а Верховний Суд України не знайшов за доцільне перевірити це питання¹¹⁸.

Не підлягають доказуванню і презюмовані факти, тобто такі, які за законом припускаються встановленими. Вважається, що річ, куплена

¹¹⁷ *Опрышко Людмила. Размышления о новом ГПК // Юридическая практика. — 2005. — № 39 (405). — 27 сентября.*

¹¹⁸ *Справа № 2/9а. З архіву автора.*

або продана одним з подружжя, є купленою або проданою за їхньою взаємною згодою. Таке припущення може бути спростовано в загальному порядку іншими учасниками конкретної справи.

УСНІ ДОКАЗИ

До усних доказів належать пояснення сторін, третіх осіб і покази свідків. Покази свідка — один із найпоширеніших засобів доказування у цивільному процесі. Свідком (*testis*) є особа, якій відомі які-небудь обставини, які стосуються справи. Покази свідків — це відомості, повідомлені особами, яким може бути відомо про обставини, що мають значення для розгляду і вирішення справи¹¹⁹.

Не є доказом покази свідка, який не може вказати на джерело своєї обізнаності.

Свідком є юридично не заінтересована особа, яка не є суб'єктом спірного правовідношення. Проте це не усуває певну заінтересованість свідка як знайомого, співробітника, родича. Тому суд під час допиту свідка з'ясовує його стосунки зі сторонами, що дозволяє оцінити достовірність пояснень свідка.

Однією з найбільших проблем під час допиту свідка є умисна або мимовільна недостовірність показів свідка та способи боротьби з нею. Для практичних працівників це одна з найгостріших проблем, яка завдає непоправної шкоди як інтересам окремих осіб, так і держави в цілому¹²⁰. У літературі наголошується, що люди, виступаючи в суді, з різних міркувань перекручують істину. І хоча свідки підлягають покаранню за лжесвідчення, випадки притягнення їх до відповідальності трапляються рідко.

Неправдиві покази свідків не завжди умисні. Є люди, які позбавлені можливості точно відтворювати те, що ними пережито. Кожного разу спогад подається в особливому ракурсі, який може і не відповідати змісту факту, що мав місце насправді. Таким чином, побачене, почуте відновлюється в суді у різній повноті й забарвленні залежно від цілей і мотивів, які керують людиною, та її вроджених психічних властивостей¹²¹. Важливо розділяти суб'єктивну добросовісність свідка й об'єктивну достовірність його показів. Тому від людини, яка принесла у судове засідання емоції, суб'єктивні оцінки та пристрасті, адвокату

¹¹⁹ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 235.*

¹²⁰ *Гражданский процесс: наука и преподавание. — Городец, 2005. — С. 169.*

¹²¹ *Фельдштейн Г. С. Лекции по уголовному судопроизводству. — М., 1915. — С. 277 — 278.*

важливо навчитись брати лише те, що потрібно для встановлення істини у справі.

Приклад. У справі за позовом С. свідок Н. не приховувала свого ставлення до позивача і буквально виплескувала негативні емоції на нього. Попри це адвокат наполягав на її допиті, оскільки при всій неприязні вона свідчила про факти, які об'єктивно говорили на користь заявленого позову. Адвокат так склав план допиту, щоб надати можливість свідку вилити свою неприязність до позивача, після чого максимально доброзичливо і дружельно розпитав про фактичні обставини, важливі для суті спору. При цьому він влаштував усе так, щоб позивач під час допиту був відсутній (мовляв, запізнюється з відрядження). Покази Н. зіграли ключову роль в ухваленні рішення.

Утім варто знати й про таке. Людина певного темпераменту, даючи покази й гіперболізуючи яскраві емоції, розповідаючи про факти, які їх викликали, мимоволі хоче обґрунтувати свій психологічний стан, часом на шкоду реальності. У наведеному вище випадку причиною ворожості були обставини, не пов'язані безпосередньо зі змістом спору. Тому адвокат припустив, що чесна і порядна жінка, висловивши свою негативну оцінку щодо фактів, які її особисто не стосувалися, розповість по суті спору все чесно і відверто. Попри певний ризик усе так і сталося.

Досвідчені юристи нерідко надмірно скрупульозно допитують свідка про взаємини сторін, що істотно впливає на подальший допит. Спокуса збрехати у деяких свідків нерідко виникає через ілюзію своєї невразливості та безкарності, формування переконаності в тому, що вони легко і просто всіх «переграють». Детальний, спокійний і зрівноважений допит, позбавлений емоційного забарвлення, увага до дрібниць і неточностей досить швидко «витверезують» потенційного брехуна, позбавляють його ілюзій і вносять корекцію в початкові наміри говорити неправду. Сприяє цьому і введення в ЦПК присяги та підписання тексту присяги.

У літературі висловлено критичне судження щодо принесення присяги, яка, на думку авторів, ґрунтується тільки на урочистості й етичних аспектах, що не є обов'язковою умовою для поведінки окремих суб'єктів, а тому таке становище породжує нерівність¹²². Як заміна пропонується «детектор брехні» (поліграф). Питання про застосування поліграфа вимагає глибоких і різнобічних досліджень. На наш погляд, застосу-

¹²² Фурса С., Цюра Т. Докази і доказування у цивільному процесі. — К., 2005. — С. 58.

вання «детектора брехні» несумісне з принесенням присяги, оскільки це не лише ритуал, а й дія, яка має важливий правовий зміст і глибокі психологічні корені та настанови на «правду». І навіть там, де за згодою свідка його застосовують (наприклад, у США), ніхто не ставить під сумнів доцільність принесення присяги.

Крім того, достовірність показів свідка багато в чому залежить від умов, у яких він сприймав і відтворював події. І якщо добросовісний свідок неправильно сприйняв і оцінив події, про які він дає покази, то поліграф у цьому випадку не допоможе.

ПИСЬМОВІ ДОКАЗИ

У цивільному процесі велике значення мають письмові докази. Закон не дає визначення письмових доказів, а лише подає їх перелік: документи, акти, листування службового або особистого характеру, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи. Цей перелік є приблизним. До письмових доказів може бути віднесено також плани, креслення, карти, ноти й інші предмети, якщо поміщені на них у письмовій формі записи мають значення для справи.

Під актами розуміють викладене у письмовій формі волевиявлення сторін, спрямоване на встановлення, зміну або припинення цивільних прав й обов'язків, тобто письмові угоди (правочини). Іноді сторони проводять звірку взаємних розрахунків, яку підписують не розпорядники кредитів, а головні бухгалтери підприємств, організацій, які не мають права першого підпису. Такий документ, якщо він не підписаний належно уповноваженими особами, не може вважатися угодою (правочином).

Однак такий акт, як і розрахунок, має інформаційний характер, вказує на стан розрахунків сторін і як такий оцінюється судом як письмовий доказ. До письмових доказів інформаційного характеру належать різні документи, що містять дані про факти (свідоцтва про шлюб і народження, атестати, довідки тощо).

Клієнти часто передають велику кількість різних паперів. Перш ніж їх використати як письмові докази, потрібно провести перевірку з урахуванням їх змісту (відомостей, котрі в них вказані) та форми (реквізитів, дати, печатки, підписів уповноваженої особи тощо). Неодмінною умовою достовірності виданого документа є його видача в межах компетенції цієї установи. Особливо уважно слід ставитися до документа, де констатація того чи іншого факту переплітається з їх

тлумаченням на користь певної сторони. У підсумку такий документ втрачає свою доказову силу¹²³.

Подаючи копії документів, позивач або його адвокат мають пересвідчитись у тому, щоб копію було належним чином засвідчено. Якщо копія документа, подана до суду, викликає сумніви, це підстава для клопотання адвоката про надання оригіналу документа.

Ще одним різновидом письмових доказів є листи ділового або особистого характеру, які містять відомості про факти, що мають значення для справи. Листування громадян нерідко розкриває справжні наміри юридичної поведінки особи. Це дає у розпорядження суду докази, які важко спростувати.

Достовірність цих доказів полягає в тому, що вони виходять від сторони, яка, як правило, не розраховувала на можливість майбутнього спору. Проте під час відбирання таких доказів адвокат має враховувати вимоги ст. 31 Конституції України щодо гарантування таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Такі докази різними шляхами, іноді протиправними, опиняються в руках клієнтів, а потім передаються адвокату для використання у судовому спорі. Від адвоката вимагається особлива обережність під час вирішення питання про їх використання. Подання, наприклад, листів, адресованих третім особам, до суду, на думку деяких спеціалістів, допустиме лише за згодою цих третіх осіб.

Верховний Суд України роз'яснив, що правила ч. 2 ст. 27 ЦПК не виключають можливості використання судом звукозапису як джерела доказу, якщо його зроблено без порушень охоронюваних Конституцією та іншими законами України прав і свобод громадян.

У Російській Федерації детальніше розписано, що письмовими доказами є відомості про обставини, які мають значення для розгляду та вирішення справи (акти, договори, довідки, листування службового чи особистого характеру), виконані у формі цифрового або графічного запису, зокрема одержані за допомогою факсимільного, електронного зв'язку або іншим способом, який дозволяє встановити достовірність документа¹²⁴.

До письмових доказів належать також вирок та рішення суду, інші судові постанови, протоколи вчинення процесуальних дій, судових засідань, додатки до протоколів (схеми, карти, плани, креслення).

Визначимо певні **спільні риси письмових доказів**:

¹²³Ватман Д. П., Елизаров В. А. *Адвокат в гражданском процессе*. — М., 1969. — С. 34.

¹²⁴*Гражданский процесс / под ред. В. Яркова*. — М., 2004. — С. 243.

1) відображення в предметах відомостей, що мають значення для справи, за допомогою певних знаків¹²⁵, які можуть сприйматися людиною;

2) одержання відомостей у письмовому доказі виходить від осіб, які ще не займають процесуального становища сторони, інших осіб, які беруть участь у справі, експерта¹²⁶;

3) як правило, письмові докази створюються до виникнення цивільного спору і поза зв'язком з ним.

Залежно від підстав письмові докази поділяються на:

— за змістом — *розпорядчі* та *довідково-інформаційні*. До перших належать накази, розпорядження, інші документи, для яких є характерним владно-вольовий характер. До других — документи пізнавального характеру (акти, звіти, протоколи, листи тощо);

— за суб'єктом, від якого виходить документ, — *офіційні* (від держави, посадових осіб тощо, внаслідок чого мають певні реквізити) та *приватні* (неофіційні), тобто не пов'язані з виконанням певних повноважень;

— за способом утворення — *оригінали* та *копії*;

— за формою — *прості письмові* та *нотаріально посвідчені*.

Оспорювання письмових доказів здійснюється, як правило:

а) заявою про їх недійсність;

б) спростуванням наявних у них відомостей по суті;

в) заявою про підроблення документа.

Письмові документи зазвичай подаються в оригіналі. Якщо матеріали позовної заяви направляють до суду листом, то з метою зменшення ризику втрати оригіналів надсилають належно засвідчені копії документів. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про адвокатуру» адвокати мають право посвідчувати копії документів у справах, які вони ведуть.

Якщо до суду подано копію письмового доказу, суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, має право вимагати подання оригіналу.

РЕЧОВІ ДОКАЗИ

Речовими доказами в цивільній справі є предмети, що своїми властивостями, існуванням або походженням свідчать про обставини, які мають значення для справи. Отже, *речовими доказами* є предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Ці предмети своїм зовнішнім виглядом, власти-

¹²⁵ Юдельсон К. С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе. — М., 1956. — С. 195.

¹²⁶ Треушников М. К. Судебные доказательства. — М., 1997. — С. 221.

востями, місцем знаходження можуть бути засобом для встановлення обставин справи.

Речові докази можуть бути власне доказами (наприклад, пломби на вагоні). Вони можуть одночасно бути і об'єктом спору (так, у справі про визнання права власності об'єктом спору і водночас речовим доказом є будинок). Розмір і властивості речових доказів визначають характер їх дослідження. Окремі речові докази можуть бути доставлені в суд, де проводиться їх дослідження, інші (земельні ділянки, будівлі тощо) оглядають і обслідують (якщо це потрібно) на місці.

Речові докази є індивідуальними та незамінними¹²⁷. Один і той самий предмет може бути речовим або письмовим доказом. Якщо суд цікавить зміст залізничної накладної або боргової розписки, то вони є письмовими доказами. Якщо ж суд цікавить факт існування цих документів, виправлення в них, сліди якоїсь речовини, то вони є речовими доказами. Витребування речових доказів і відповідальність за їх неподання такі самі, як і щодо письмових доказів.

ЦПК 2004 року визнав речовими доказами предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Речовими доказами є також магнітні, електронні й інші носії, що містять аудіовізуальну інформацію.

Відповідно до ст. 139 ЦПК речові докази зберігаються у справі або за окремим списком здаються до камери схову речових доказів суду. Якщо речові докази доставити до суду немає змоги, вони зберігаються за місцезнаходженням за ухвалою суду; їх має бути докладно описано й за потреби сфотографовано. Такі докази оглядаються судом за їх місцезнаходженням. Продукти й інші речові докази, що швидко псуються, негайно оглядаються судом з повідомленням про призначений огляд осіб, які беруть участь у справі (ст. 141 ЦПК).

Після огляду та дослідження судом речові докази повертаються особам, від яких були одержані, якщо останні заявили про це клопотання і його задоволення можливе без шкоди для розгляду справи. Речові докази, які вилучено з цивільного обігу, передаються відповідним підприємствам, установам або організаціям. Вони також можуть передаватись для наукової роботи (ст. 142 ЦПК). Слід мати на увазі, що є предмети, які підлягають обов'язковому знищенню. Це стосується окремих видів контрафактної продукції. Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про акцизний збір на алкогольні напої та тютюнові вироби» конфісковані тютюнові вироби підлягають знищенню.

¹²⁷ Там само. — С. 49.

В адміністративній справі було вилучено як речовий доказ 998 пачок цигарок «Суперкінгс» без акцизних марок. Проводячи експертизу цього речового доказу, експерт вказала на відсутність аналогів таких цигарок, а також на те, що їх виробник невідомий. У висновку експерта зазначалося, що після додаткової перевірки на якість цигарки може бути використано для їх реалізації. У результаті суд так і не вирішив питання про знищення конфіскованих цигарок¹²⁸.

Очевидно, що в цьому випадку під час вирішення питання про конфіскацію цигарок потрібно було вирішити питання про їх знищення. Припустився помилки й експерт, який дав рекомендацію про можливість використання цигарок без акцизних марок.

Речові докази повертаються особам, від яких були одержані, або передаються особам, за якими суд визнав право на ці речі після набрання рішенням суду чинності.

Речові докази, як правило, є первинними, проте у деяких випадках вони можуть бути похідними. Наприклад, коли не можна вилучити певний слід, то виготовляють його зліпок. Такі ситуації характерні переважно для кримінальних справ, утім можуть виникати й у цивільних справах.

Дослідження речових доказів відбувається шляхом їх особистого огляду судом (*inspection ocularis*). За потреби суд може залучити експерта чи спеціаліста. Особливості того чи іншого доказу може бути з'ясовано і за допомогою свідка. Спеціаліст або експерт звертає увагу суду на особливості певного речового доказу, а також на інші обставини, пов'язані з оглядом.

ЕКСПЕРТИЗА

Під час підготовки матеріалів справи інколи виникають питання, для вирішення яких потрібні спеціальні знання в різних сферах науки, мистецтва, техніки або ремесла. У цих випадках адвокат має просити суд про призначення експертизи. Її може бути призначено як спосіб забезпечення доказів (до або після порушення справи) у стадії підготовки або судового розгляду справи¹²⁹. Таким чином, висновки експерта є обґрунтованими відповідями та зробленими на підставі досліджень висновками з питань, які вимагають спеціальних знань.

¹²⁸ З архіву автора.

¹²⁹ Там само. — С. 52.

Стаття 66 ЦПК визначає висновок експерта як докладний опис проведених ним досліджень, зроблених у результаті них умовиводів та обґрунтованих відповідей на запитання, поставлені судом.

Уважно вивчивши предмет спору, сторона та адвокат майже завжди мають можливість з самого початку вирішити питання про потребу призначення експертизи, відповідно підготуватись до неї, ознайомитись зі спеціальною літературою, проконсультуватись із спеціалістами. Це допомагає з'ясувати об'єкт експертизи та правильно сформулювати запитання¹³⁰.

Під час підготовки запитань перед адвокатом постає проблема правильного їх формулювання. Мін'юстом затверджено Інструкцію про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз (наказ від 08.10.98 р. № 53/5, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 03.11.98 р. за № 705/3145). Зокрема передбачено, що до експертної установи слід надсилати: постанову (ухвалу) про призначення експертизи, а також об'єкти дослідження. Орієнтовний перелік запитань, які ставлять під час проведення експертизи, надається в Науково-методичних рекомендаціях з питань підготовки та призначення судових експертиз.

У цивільному судочинстві найчастіше застосовують почеркознавчі, товарознавчі, будівельно-технічні, судово-медичні, судово-психіатричні та психологічні експертизи. За допомогою почеркознавчої експертизи може бути встановлено справжність підписів у договорах та інших документах¹³¹. Товарознавча експертиза дозволяє з'ясувати особливості готових товарів, їх властивості, відповідність якості державним стандартам, ступені зниження сорту товару, відповідності якості товару преїскуранту або договірній ціні тощо¹³².

Проведення судової експертизи є самостійною процесуальною формою використання спеціальних знань у цивільному процесі. Таким чином, проведення експертизи — процесуальна дія, яка відрізняється від решти тим, що проводиться спеціалістом у формі дослідження наданих йому

¹³⁰ Ватман Д. П., Елизаров В. А. *Адвокат в гражданском процессе.* — М., 1969. — С. 41.

¹³¹ *Назначение и производство судебных экспертиз.* — М., 1988. — С. 33 — 51.

¹³² Докладніше про це див.: Росинская Е. Р. *Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе.* — М., 1996. — С. 39; *Назначение и производство судебных экспертиз.* — М., 1988. — С. 208.

судом об'єктів і матеріалів, котрі вже зібрано й приєднано до справи як процесуальні джерела доказів¹³³.

Стаття 1 Закону України «Про судову експертизу» дає визначення поняття судової експертизи: це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи. До спеціальних знань як атрибуту судової експертизи не належать юридичні знання, за винятком знань у галузі криміналістичної техніки як розділу криміналістики, що можуть використовуватись у проведенні криміналістичних експертиз¹³⁴.

Методики досліджень у проведенні криміналістичних експертиз можна використовувати під час проведення аналогічних експертиз у цивільних справах. Тому визначення поняття судової експертизи «не тільки об'єднує гносеологічну та доказову функції судової експертизи як науково-практичного дослідження з метою отримання нової інформації про обставини кримінальної, цивільної, господарської чи адміністративної справи. Воно опосередковано визначає головного суб'єкта судово-експертної діяльності — судового експерта, який на основі спеціальних знань здійснює дослідження і є самостійною процесуальною фігурою, а також інших процесуальних суб'єктів — замовників судової експертизи»¹³⁵.

У новому Сімейному кодексі України про встановлення батьківства (ст. 128) стверджено, що підставою для визнання батьківства є будь-які відомості, які засвідчують походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до Цивільного процесуального кодексу України. Зростає роль експертизи у вирішенні сімейних спорів, зокрема «головним доказом батьківства буде висновок судово-генетичної експертизи. Відбір матеріалів для судово-генетичної експертизи може проводитись лише у присутності матері, дитини та відповідача»¹³⁶.

Якщо сторони домовились про залучення експертами певних осіб, суд має призначити їх відповідно до цієї домовленості.

За загальним правилом висновок експерта не може торкатися правових питань. Адже експертиза призначається за потреби застосування

¹³³ Ціркаль В. *Проведення експертизи у суді: організаційні питання* // *Право України*. — 2004. — № 1. — С. 62.

¹³⁴ Надгорний Г. М., Сегай М. Я., Ісакович Б. М. *Закон України «Про судову експертизу»* // *Право України*. — 1999. — № 2. — С. 76.

¹³⁵ *Експертизи у судовій практиці / за заг. ред. В. Г. Гончаренка*. — К., 2005. — С. 5.

¹³⁶ Ромовська З. *Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар*. — К., 2003. — С. 262.

спеціальних знань у різних галузях людської діяльності, втім не у сфері правових знань¹³⁷.

Остаточне коло питань для експертного дослідження формує суд. Загальноприйнятим вважається, що суд має право:

- мотивовано відхилити питання, запропоновані сторонами;
- вносити редакційні уточнення, що не змінюють зміст питань осіб, які беруть участь у справі;
- самостійно визначити кількість і зміст питань, за якими має бути проведено експертизу.

Сторони, інші особи, які беруть участь у справі, щонайменше мають право:

- просити суд призначити проведення експертизи у певній експертній установі або доручити її певному експерту;
- заявляти відвід експерту;
- формулювати питання для експерта;
- ознайомлюватися з ухвалою суду про призначення експертизи та сформульованими в експертизі питаннями;
- дізнаватися про висновок експерта;
- клопотати перед судом про призначення повторної, додаткової, комплексної або комісійної експертизи;
- давати пояснення експерту.

У випадку проведення експертизи у спеціалізованій установі її керівник має право доручити це одному або кільком фахівцям, створювати комісії з експертів керованої ним установи, якщо судом не визначено конкретних експертів, у разі потреби змінювати виконавців експертизи, заявити клопотання щодо організації проведення досліджень поза межами експертної установи.

Однак ці повноваження керівника установи не мають виключати право осіб, які беруть участь у справі, заявляти відвід експерту. З цього випливає, що особи, які беруть участь у справі, мають бути інформовані про осіб, які здійснюють експертизу.

Адвокатам не важко з урахуванням орієнтовного переліку вирішуваних питань поставити запитання у конкретній справі. Наприклад, для почеркознавчої експертизи орієнтовними є такі запитання:

- Чи виконано рукопис певною особою?
- Чи виконані кілька рукописів однією особою?
- Чи не виконано рукопис навмисно зміненим почерком?

¹³⁷ *Складність окремих спорів (наприклад, пов'язаних з податковим законодавством) веде до того, що все частіше постає питання про проведення правових експертиз і висновків.*

- Чи не виконано рукопис у незвичних умовах?
- Чи не перебувала особа, що виконала рукопис, у незвичайному стані?
 - Чи не володіє особа, яка виконала рукопис, навичками написання спеціальними шрифтами?
 - Особою якої статі виконано рукопис?
 - До якої групи за віком належить виконавець рукопису?

Щодо авторознавчої експертизи основним питанням є ідентифікація автора тексту. Орієнтовними запитаннями є такі:

- Чи є особа автором цього тексту?
- Чи є особа автором кількох різних текстів?
- Чи є у тексті ознаки, що свідчать про соціально-біографічні риси його автора? Якщо є, то про які саме?

Закон допускає відвід експерта. У цивільних справах важливою також є участь другої сторони у призначенні та проведенні експертизи. Участь обох сторін дозволяє експерту вислухати й оцінити всі зауваження. У результаті висновок набуває більш повного й об'єктивного характеру.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про адвокатуру» на замовлення адвокатів в експертних установах проводять дослідження, результати яких викладають у письмових висновках спеціалістів. Згідно з п. 42 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз (затвердженої наказом Мініюсту від 08.10.98 р. № 53/5) висновок дослідження спеціаліста складається за формою висновку експертизи за такими винятками: особа, яка проводить дослідження, іменується не експертом, а спеціалістом, опускається запис, який стосується відповідальності особи, що проводить дослідження, за надання завідомо неправдивого висновку. У вступній частині висновку зазначається про те, хто і коли звернувся з проханням провести дослідження.

За правовою природою такі висновки спеціаліста можна визнати письмовими доказами, що не замінюють експертизу. У судовому процесі такий висновок дозволяє «застопити» відомості, забезпечуючи їм певний пріоритет. Спростувати їх непросто — для цього, як правило, потрібно призначення експертизи. Це робота на випередження. Виходячи з тактичних міркувань, адвокат вирішує, що краще: провести дослідження і мати висновок спеціаліста чи просити суд про призначення експертизи. Усе залежить від оцінки конкретної ситуації.

Докази, зібрані адвокатом під час підготовки, буде досліджено й оцінено в судовому засіданні. Щоб упевнено здійснювати захист інтересів, відбір доказів на стадії підготовки справи має здійснюватися з урахуванням усіх процесуальних вимог.

Під час вирішення справ, пов'язаних з господарськими та податковими відносинами, хоча й меншою мірою, ніж у господарських судах, але виникає потреба звертатися до спеціальних знань у сфері економіки. Це обумовлює призначення судово-економічних, товарознавчих, фінансово-економічних та інших експертиз. За загальним правилом юридичні знання не належать до сфери спеціальних, тому питання права до компетенції експертизи не входять. Важко з цим погодитись. Окремі галузі, передусім господарські, податкові, митні, настільки переплетені з економічними та правовими поняттями і містять стільки суперечливих норм, що ні суддя, ні адвокат не завжди в них можуть розібратися і зробити обґрунтовані висновки. Такі експертизи в різних наукових установах замовляють, проте в судовій практиці їх не може бути використано як окремий доказ. Утім суди, як правило, насамперед у господарських спорах, їх приєднують до справи, що допомагає їм обґрунтувати рішення або вирок¹³⁸. До того ж у разі призначення економічних експертиз експертам нерідко ставлять запитання правового характеру. Економісти, які не мають базової юридичної освіти, дають відповіді на ці запитання на підставі нормативних актів, а суди нерідко такі правові висновки кладуть в основу вироку. Не будучи спеціалістами у галузі права, такі експерти-економісти нерідко дають неправильний з точки зору закону висновок, а суди підходять до таких висновків не критично, що призводить до судових помилок.

Приклад. У гучній справі А. експерту-бухгалтеру поставили запитання: «Чи мала право фірма «АБК» залучати до участі у проведенні розрахунків компанію «С» та доручати їй проведення переговорів і розрахунків за поставлену продукцію?». Експерт — бухгалтер з вищою економічною освітою у висновку вказав, що фірма «АБК» не мала такого права. На прохання адвоката експерта викликали в судове засідання. Фрагмент пояснень експерта:

Захисник: Обвинувачені пояснюють, що вони діяли на підставі норм Цивільного кодексу, які дозволяють укласти договір доручення. У контексті їх пояснення роз'ясніть: у чому полягає незаконність дій обвинувачених?

Експерт: Може, закон і дозволяє це зробити, я не знаю. Але я як експерт маю право зробити свій висновок. Таке право мені дано як експерту.

¹³⁸ У науковій літературі деякі автори підтримують позицію щодо узаконення правових (юридичних) експертиз (Баєв О. Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. — М., 2003. — С. 348; Росинская Е. Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве // Журнал российского права. — 2001. — Вып. 2; інші автори).

Захисник: Хочу уточнити. Чи правильно я вас зрозумів: такий висновок вами зроблено не на підставі нормативних актів?

Експерт: Ви мене зрозуміли правильно. Я зробив висновок на підставі свого досвіду як бухгалтера, і законодавство до цього не має відношення. Це моя особиста думка про те, що фірма «АБК» не повинна була залучати посередника. На мою думку, це було невигідно¹³⁹.

Отже, у судовій практиці під час проведення економічних експертиз експерти-бухгалтери з посиланням на норми бухгалтерського обліку, а також на норми податкового законодавства, або і без посилання на нормативні акти, роблять висновки правового характеру, які судами покладаються в обґрунтування судових рішень. Такі випадки мають місце як у розгляді цивільних і господарських справ, так і під час вирішення кримінальних. Отже, це загальна проблема українського права. То чому ж не довірити з'ясування цих питань фахівцям права, а не особам, які, як правило, навіть не мають юридичної освіти? Ті ж акти податкової служби, які є підставою для стягнення з фізичних осіб коштів до бюджету, зокрема щодо вирішення цивільного позову в кримінальній справі про ухилення від сплати податків, також є не чим іншим, як правовим висновком про порушення вимог податкового законодавства.

На практиці експерти, які не є фахівцями у галузі права та не мають юридичної освіти, роблять висновки правового характеру, а суди приймають їх як належні докази.

Непрямі методи — не що інше, як припущення. Відповідно до ст. 62 Конституції обвинувачення не може ґрунтуватись на припущенні. Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» передбачено: «Якщо податковий орган нараховує фізичній особі податкове зобов'язання, не пов'язане із здійсненням цієї фізичною особою підприємницької діяльності, з використанням непрямих методів і фізична особа не погоджується з таким нарахуванням, спір вирішується винятково судом за поданням податкового органу». Більш того, непрямі методи за змістом не відповідають вимогам достовірності.

Тому їх застосування має бути зведено до мінімуму і залишено як доказ тільки у сфері певних, точно визначених у законах випадків щодо вирішення господарських спорів за участю суб'єктів підприємницької діяльності. У будь-якому разі дані, одержані за допомогою непрямих методів, мають визнаватись недопустимим доказом у кримінальному та цивільному процесі.

¹³⁹ З архіву автора.

ЦПК 2004 року вніс низку істотних змін у питання, пов'язані з експертизою у цивільному процесі. Отже, суд призначає експертизу за заявою сторін, які беруть участь у справі (ст. 143 ЦПК 2004 року). Якщо сторони домовилися про залучення експертами певних осіб, ця домовленість є обов'язковою для суду. Особи, які беруть участь у справі, мають право подати до суду запитання, на які потрібна відповідь експерта, але кількість і зміст запитань, за якими має бути проведено експертизу, визначається судом, який при цьому має мотивувати відхилення запитань осіб, які беруть участь у справі.

Призначаючи експертизу, якщо цього вимагають обставини справи, суд може заслухати експерта стосовно формулювання питання, яке потребує з'ясування, проінструктувати його про доручене завдання і за його клопотанням надати відповідні роз'яснення щодо сформульованих питань. Про вчинення цих дій повідомляють осіб, які беруть участь у справі та мають право брати участь у їх вчиненні (ст. 144 ЦПК 2004 року).

Адвокату важливо за цих обставин взяти участь у вчиненні дій та висловити свою думку щодо формулювання питань і проведення експертизи. Така участь дає можливість оцінити експерта щодо його компетентності, добросовісності тощо. Адже висновок експерта може виявитись вирішальним для справи.

Обов'язково призначається експертиза (ст. 145 ЦПК 2004 року), якщо у справі належить встановити:

- 1) характер і ступінь ушкодження здоров'я;
- 2) психічний стан особи;
- 3) вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

Виятково важливою є ст. 146 ЦПК 2004 року, що встановлює наслідки ухилення від участі у проведенні експертизи осіб, які беруть участь у справі, неподання ними матеріалів і документів. У цих випадках суд, залежно від того, хто із цих осіб ухиляється, а також яке значення має для них ця експертиза, може визнати факт, для з'ясування якого експертизу було призначено, або відмовити у його визнанні¹⁴⁰.

Адвокат має роз'яснити клієнту про можливі наслідки ухилення від участі у проведенні експертизи і, виходячи з інтересів клієнта, подати свої рекомендації.

¹⁴⁰Така позиція ЦПК перегукується із ст. 11 ЦПК Франції, яка встановлює, що «сторони зобов'язані сприяти здійсненню заходів з перевірки доказів; у випадку невиконання або відмови виконати цей обов'язок суддя зберігає за собою право зробити будь-який висновок» (Новий Гражданский процессуальный кодекс Франции. — К., 2004 — С. 36).

Частина 2 ст. 146 ЦПК 2004 року передбачає, що «у разі ухилення відповідача від проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи у справах про визнання батьківства, материнства суд має право постановити ухвалу про примусовий привід на проведення такої експертизи»¹⁴¹.

За ст. 147 ЦПК 2004 року експерт робить мотивований висновок у письмовій формі. За заявою осіб, які беруть участь у справі, або за ініціативою суду експерт дає усне пояснення свого висновку, яке заносять до журналу судового засідання. ЦПК 2004 року передбачає проведення комісійної експертизи (не менше ніж двома експертами одного напрямку знань); комплексної експертизи (не менше ніж двома експертами з різних галузей знань або різних напрямів у межах однієї галузі); додаткової експертизи (якщо висновок експерта визнано неповним або незрозумілим) і повторної експертизи (якщо висновок експерта визнано необґрунтованим або таким, що суперечить іншим матеріалам справи, викликає сумніви в його правильності).

З моменту набрання чинності новим ЦПК адвокат під час розроблення правової позиції та підбирання доказів має враховувати ці можливості.

ВИТРЕБУВАННЯ ДОКАЗІВ

Одним із способів збирання доказів є їх витребування адвокатом. Закон України «Про адвокатуру» (ст. 6) надає адвокатові таке право. На практиці вимогу адвоката нерідко ігнорують через відсутність чітко визначеної відповідальності за ненадання витребуваного документа чи іншого доказу.

Відповідно до ст. 137 ЦПК 2004 року у випадках, коли отримання доказів для сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, утруднено, суд за їх клопотанням зобов'язаний витребувати такі докази. Порівняно із ст. 30 ЦПК 1964 року, де суд лише сприяє у витребуванні доказів, вимога у новому ЦПК імперативна: «суд зобов'язаний витребувати». Адвокат має враховувати цю обставину.

У заяві про витребування доказу має бути зазначено, який доказ вимагається, підстави, за яких особа вважає, що доказ знаходиться в іншій особі, та обставини, які підкріплюють цей доказ. Заява про витребування певного доказу подається у довільній формі. Докази направляються

¹⁴¹ Частина 2 ст. 146 ЦПК 2004 року, як і низку інших поправок до статей ЦПК 2004 року, ухвалено за пропозицією автора Сімейного кодексу України — професора З. Ромовської.

безпосередньо суду, проте суд може уповноважити заінтересовану особу одержати цей доказ, про що зазначає в ухвалі.

Якщо особи не мають можливості подати доказ, який від них вимагається, вони в п'ятиденний строк зобов'язані повідомити про це суд. За невиконання цього обов'язку або ненадання доказу винні особи несуть встановлену законом відповідальність. За певних умов це може бути і відповідальність, передбачена Законом України «Про корупцію», якщо свій обов'язок не виконує посадова особа. За клопотанням сторін суд інформує про виконання його вимог щодо витребування доказу. Притягнення винних осіб у неподанні доказу не звільняє від обов'язку його подати. Заслуговує на увагу зауваження В. І. Тертишнікова про те, що не має достатніх підстав думка про обов'язок сторін подавати докази як виключно про їх обов'язок¹⁴². Оперуючи доказами, сторона має вказати на доказ, який підтверджує певні обставини, і, посилаючись на складнощі з одержанням цього доказу, може просити суд витребувати такий доказ. І суд зобов'язаний його витребувати.

Деякі автори вважають, що «суд не має права витребувати докази в однієї сторони в інтересах другої, оскільки кожна з них має доводити обставини, на які посилається»¹⁴³. На наш погляд, такий підхід обмежує можливості сторін, а тому ця рекомендація не має перетворюватись на абсолют. Вважаємо, що позиція В. І. Тертишнікова з цього питання прийнятніша, насамперед, якщо йдеться про практичні аспекти. Під час доведення тих чи інших обставин адвокат може посилатися на докази, які суд просить витребувати. Проте, готуючи матеріали, адвокат має враховувати труднощі з одержанням певних доказів у другої сторони або навіть можливість їх знищення нею.

Щодо цього заслуговує на увагу досвід Франції, де ЦПК (ст. 11) передбачає, що за відмови другої сторони надати доказ або виконати обов'язок «суддя зберігає за собою право зробити з цього будь-який висновок». У Франції виконання обов'язку надати певний доказ забезпечує застосування астренту — прогресивно зростаючої пені. Суму астренту визначає суддя. Такий порядок було б доцільно запозичити й українському цивільному процесу.

Стаття 137 ЦПК встановлює обов'язок суду щодо витребування доказу обмеженим колом осіб: сторони й інші особи, які беруть участь у справі. Буквальне прочитання цієї норми дає підстави для висновку, що суд не зобов'язаний витребувати докази з інших осіб, які не беруть

¹⁴²Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 46.

¹⁴³Фурса С. Я., Фурса Є. І. *Адвокат у цивільному процесі.* — К., 2006. — С. 82.

участі у справі. У цих випадках докази може бути одержано в порядку їх забезпечення.

ДОРУЧЕННЯ ЩОДО ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ

Суд, який розглядає справу, в разі потреби збирання доказів за межами територіальної підсудності доручає відповідному суду провести певні процесуальні дії. Під час виконання судового доручення присутність осіб, які беруть участь у справі, не обов'язкова. Проте якщо це допит свідка, то адвокат має скористатись такою можливістю і бути присутнім на допиті, щоб поставити відповідні запитання.

Інколи важливо своєчасно, ще до суду, добути певний доказ. Наприклад, свідок вибуває з країни, тоді суддя може допитати його до виїзду, а в судовому засіданні буде оголошено протокол допиту. На телебаченні відеозапис зберігається лише 10 днів. Тому ще до подання позовної заяви виникає потреба його забезпечення до спливу 10-денного строку.

Така позиція ЦПК сугулосна із ст. 11 ЦПК Франції, яка встановлює, що «сторони зобов'язані сприяти здійсненню заходів з перевірки доказів; у разі невиконання або відмови виконати такий обов'язок суддя зберігає за собою право зробити будь-який висновок»¹⁴⁴. Позивач, адвокат, який приймає доручення на ведення цивільної справи, тим самим бере на себе обов'язок підтвердити передбаченими законом засобами законність вимог або заперечень сторони.

До подання позовної заяви в суд можна забезпечити доказ у порядку ст. 133 ЦПК України. У цьому випадку заявник має подати відповідну позовну заяву протягом десяти днів з моменту постановлення ухвали про вжиття запобіжних заходів. Суддя забезпечує докази, зокрема, допитом свідків, призначенням експертизи, витребуванням й оглядом письмових та речових доказів. Про забезпечення доказів суд виносить постанову, в якій вказано порядок і спосіб її виконання.

Нез'явлення заінтересованих осіб не перешкоджає розгляду заяви. У невідкладних випадках, а також тоді, коли неможливо точно встановити, до кого позивач пред'явить позов, заява про забезпечення доказів розглядається тільки за участю заявника.

На відмову в забезпеченні доказів може бути подано скаргу. Це можна зрозуміти з контексту ч. 4 ст. 135 ЦПК. Однак у ст. 293 цього Кодексу не передбачено, що така ухвала може бути оскаржена окремо від рішен-

¹⁴⁴ *Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции*. — К., 2004. — С. 36.

ня. Очевидно, у цьому випадку право на оскарження просто «забули» передбачити. Звичайно, адвокат має відстоювати позицію, за якою право на оскарження ухвали про відмову в забезпеченні доказу може бути окремо оскаржено, незважаючи на «забудькуватість» авторів проекту ЦПК. Кодекс є правовою системою, якої стосуються засади розумності. І хоч у ст. 293 ЦПК таке правило не передбачено, проте воно впливає з його ч. 4 ст. 135, де вказано, що оскарження ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає її розгляду.

У справі Т. адвокат (який мав повноваження представника за довіреністю) звернувся з проханням забезпечити відеозапис виступу О., що на телебаченні зберігається тільки 10 днів, адже було достатньо підстав вважати, що після закінчення цього строку цей запис буде втрачено.

Суддя одного із столичних судів ухилилась від забезпечення цього доказу та ще й, сплутавши забезпечення позову із забезпеченням доказу, вказала адвокату, що він послався не на ту статтю, на яку потрібно було посилатись як на підставу клопотання¹⁴⁵.

У справі С. виникла потреба допитати свідка, який виїжджав у тривалі відрадження та лікування. Заява була задоволена частково і тільки через два місяці після її подання. На ухвалу було подано апеляційну скаргу, що викликало невдоволення судді, який вважав дії адвоката неправильними.

Таким чином, передбачена законом можливість одержання доказів шляхом їх забезпечення не реалізується через небажання суддів розглянути своєчасно заяву про забезпечення доказів, а нерідко і через пасивність самих адвокатів і юристів під час підготовки матеріалів до суду. Однею з причин такого стану справ є те, що ці заяви не реєструються у судах як окреме звернення, у зв'язку з чим за ним не ведеться контроль. Активність сторін, їх адвокатів у цих питаннях може допомогти становленню належної судової практики і надасть можливість перебороти порушення строків розгляду подібних заяв. Звичайно, немає потреби кожного разу з такого приводу вступати у конфлікт із суддею. Адже саме суддя вирішує вашу справу.

¹⁴⁵ На одному із семінарів за участю суддів обласних судів та суддів Верховного Суду України, вчених, представників адвокатського корпусу голова цивільної колегії одного із судів визнала, що ця проблема існує. Хотіли б наголосити, що насправді телебачення, як правило, не знищує відеозаписи, а зберігає їх як архівний матеріал. Тому бувають ситуації, коли такий відеоматеріал можна купити у журналістів. Це та ситуація, коли краще одержати доказ за допомогою особистих зв'язків, викупу такого доказу тощо. Адже навіть якщо суд зобов'яже надати такий доказ, можуть знайтись пояснення, що через помилку запис було стерто, він загубився або в інший спосіб не зберігся.

Однак якщо суддя не вирішує клопотання, яке він зобов'язаний розглянути у певний строк, це сигнал для роздумів і, за певних обставин, — підстава для заявлення йому відводу. Слід усвідомлювати, що у більшості випадків судді не встигають вирішити заяву через завантаженість і їх дії не є навмисними. За таких обставин, попри наявність формального порушення з боку суддів, мабуть, немає підстав для відводу. Усе вирішує конкретна ситуація.

Практика звернень із заявами про забезпечення доказів це засвідчує. Судді «винайшли» спосіб, який дозволяє їм ігнорувати заяви про забезпечення доказів. Вони просто не розглядають заяву. У результаті через відсутність ухвали про відмову в забезпеченні доказів таку бездіяльність можна оскаржити тільки після вирішення справи у суді.

Відповідно до ст. 131 ЦПК 2004 року сторони зобов'язані подати свої докази чи повідомити про них суд до або під час попереднього судового засідання у справі. Докази подаються у строк, встановлений судом, з урахуванням часу, потрібного для подання доказів. Докази, подані з порушенням цих вимог, не приймаються, якщо сторона не доведе, що їх подано несвоєчасно з поважних причин. Правило, встановлене у ст. 131 ЦПК 2004 року, виглядає надмірно жорстким. Проте подібні правила існують в інших країнах протягом тривалого часу і особливих нарікань не викликають. Так, згідно зі ст. 134 ЦПК Франції суддя за потреби встановлює строк і, коли це доречно, порядок надання доказів. А ст. 135 цього Кодексу передбачає, що суддя має право відкидати із судового розгляду докази, які не було надано своєчасно.

Стаття 135 ЦПК України потребує спеціальних коментарів. Вона свідчить про потребу в разі звернення до суду користуватись послугами спеціаліста (адвоката), щоб не допустити помилок під час підготовки заяви в суд. І перш ніж звертатися з позовною заявою до суду, варто ретельно продумати свою правову позицію та підготувати необхідні докази, якими має бути підтверджено правову позицію. Отже, існуючу практику звернення до суду без належної підготовки за принципом «там розберемось» має бути усунено. Наполеонівський принцип «вступити у бій, а далі побачимо»¹⁴⁶ тут недопустимий.

¹⁴⁶ *Наполеон Бонапарт дійсно робив такі заяви. Але насправді він ретельно продумував свої воєнні кампанії. У цивільному процесі підготовка до справи надто важлива. Вона має проводитись, як правило, таємно, щоб передчасно не розкрити свої наміри й не утруднити одержання доказів. Друга сторона, дізнавшись про намір звернутися в суд, може вжити заходів з ліквідації спірного майна, передачі його третім особам, в інший спосіб ускладнити вирішення можливого позову.*

Більш того, звертаючись до суду, позивач має певну перевагу. Адже це він визначає, коли звернутись, які докази подати. Це він може використати елемент раптовості, добре підготувавшись до процесу. Такими можливостями потрібно користуватись. А це означає, що пред'явленню позову має передувати ретельна підготовка, під час якої продумують усе: які докази подати, який момент обрати для звернення до суду, вказувати чи не вказувати у позовній заяві норми закону, які є правовою підставою для звернення до суду.

За ст. 132 ЦПК України суд, який розглядає справу, за потреби збирання доказів за межами його територіальної підсудності доручає відповідному суду провести певні процесуальні дії. У цьому випадку можуть виникнути певні незручності. Буквальне слідування такій нормі вимагає, щоб, наприклад, Шевченківський районний суд м. Києва, якщо йому потрібно допитати свідка, який проживає на території підсудності Дніпровського районного суду м. Києва, надсилав останньому судове доручення про допит такого свідка або проведення іншої процесуальної дії. У цій ситуації процесуальна норма не має бути такою імперативною, було б краще, якби вона дозволяла проявити розумну гнучкість. Адже може трапитись ситуація, коли свідку, який проживає в Києві, зручніше з'явитись у суд, що вирішує справу, ніж у суд, до територіальної підсудності якого належить місце проживання свідка. Тому буквальне прочитання ст. 132 ЦПК 2004 року не повною мірою відповідає вимогам розумності.

Тим паче що вимоги безпосереднього дослідження доказів у справі вимагають, якщо це можливо, безпосередньо заслухати того чи іншого свідка. Частина 5 ст. 132 ЦПК 2004 року визначає, що свідки, які дали покази суду, що виконував доручення, у випадку прибуття в суд, який розглядає справу, дають покази у загальному порядку.

Це означає, що сторона, яка в цьому заінтересована, вправі наполягати на виклику і допиті свідка, незалежно від того, чи був він допитаний як свідок судом, що виконував доручення.

За ст. 133 ЦПК 2004 року особи, які беруть участь у справі, мають право заявити клопотання про забезпечення доказів. За заявою заінтересованої особи суд може забезпечити докази до пред'явлення позову.

Заява про забезпечення доказів (ст. 135) розглядається судом, який вирішує справу, а якщо позов ще не пред'явлено — місцевим загальним судом, у межах територіальної підсудності якого може бути вчинено процесуальні дії щодо забезпечення доказів.

У разі обґрунтованої вимоги заявника, а також якщо не можна встановити, до кого може бути згодом пред'явлено позов, заява про забезпечення доказів розглядається судом невідкладно лише за участю заявника.

Якщо після вчинення процесуальних дій щодо забезпечення доказів позовну заяву подано до іншого суду, протоколи й інші матеріали щодо забезпечення доказів надсилаються до суду, який розглядає справу.

Отже, якщо справа перебуває у провадженні певного суду, то саме цей суд вирішує питання забезпечення доказів. Якщо ж позов не пред'явлено, то заява подається до суду, в межах територіальної підсудності якого можуть бути вчинені процесуальні дії щодо забезпечення доказів.

Приклад. *Потрібно допитати свідка М., який виїжджає у тривале закордонне відрядження. Він проживає у м. Берегове Закарпатської області. Потенційні відповідачі — у містах Києві та Дніпропетровську. Питання про те, до кого саме може бути пред'явлено позов, залежить від показів свідка М.*

У цьому випадку заяву про забезпечення доказів потрібно подати до Берегівського районного суду, який у порядку забезпечення доказу може допитати свідка М. До заяви додається клопотання, в якому заявник просить допитати свідка М. тільки за участю заявника, з урахуванням, що не можна встановити, до кого згодом буде пред'явлено позов.

Позов же буде заявлено в один із районних судів Дніпропетровська або Києва, за місцезнаходженням відповідача.

Отже, забезпечення доказів — процесуальна дія, потреба в якій виникає тоді, коли надання доказу є неможливим для сторони або є труднощі в поданні цих доказів. Забезпечення доказів здійснюється для закріплення процесуальним шляхом фактичних даних для їх подальшого використання в суді як доказів.

Стаття 136 ЦПК передбачає обов'язкові реквізити заяви про забезпечення доказів. У заяві слід вказати, крім вимог, поданих у ст. 134, до якого суду вона подається, в якого судді у провадженні перебуває справа та її номер (якщо ці дані відомі). Якщо заява не відповідає вимогам, які встановлено у ч. 1 коментованої статті, то застосовують ст. 121 цього Кодексу. Це означає, що суд, виявивши недоліки заяви, залишає її без руху та надає строк для їх усунення. Якщо у встановлений строк недоліки не усунуто, заява вважається неподаною та повертається заявнику.

Позивачі, адвокати, юрисконсульти мають усвідомлювати, що якщо позов ще не заявлений, справа розглядається за місцем знаходження свідків, майна тощо, щодо яких мають бути здійснені процесуальні дії із забезпечення доказів. За таких обставин у заяві про забезпечення доказів доцільно вказати те, що вона подана до пред'явлення позову, та подати мотиви таких дій. Ініціаторами забезпечення доказів можуть бути особи, які беруть участь у справі. На відміну від Кодексу 1964 року,

у Кодексі 2004 року не зазначено, що суд може виступати ініціатором такої процесуальної дії. Це впливає з принципу диспозитивності та обов'язку суду бути об'єктивним і неупередженим. За певних ситуацій, коли одна зі сторін не має адвоката або іншої особи, яка надає правову допомогу, суд може уточнити, чи може сторона подати відповідний доказ щодо обставин, на які вона посилається, і попередити її про наслідки невчинення певної дії (п. 4 ст. 10 ЦПК).

Суд, який вирішував заяву за межами територіальної підсудності конкретного позову, має бути повідомлений про направлення позову в суд за встановленою підсудністю для того, щоб надіслати протоколи й інші матеріали до суду, який розглядає справу.

ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ. НАЛЕЖНІСТЬ І ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ

Позов як складне явище має кілька елементів, до яких належать: предмет, підстава, зміст. «Предмет доказування — це те, що треба доводити у кожній цивільній справі, тобто ті обставини, що свідчать про дійсні права та обов'язки сторін у справі. Предмет доказування складається з двох груп фактів — фактів підстави позову і фактів, якими відповідач обґрунтовує заперечення проти позову¹⁴⁷. У процесі розгляду справи по суті позивач має право змінити предмет позову (ст. 31 ЦПК), тобто, звернувшись до суду з однією вимогою, у процесі розгляду справи замінити її іншою в межах спірних правовідносин¹⁴⁸.

Позивач визначає коло тих обставин, які він вважає за потрібне доводити у суді. Утім на практиці суди не займають та і не можуть займати пасивну позицію в цьому питанні. Вони, у свою чергу, самі визначають, що належить довести у конкретній справі, розширюючи коло обставин, які підлягають перевірці. Так, під час вирішення питання про поновлення на роботі у зв'язку із скороченням штатів або чисельності працівників суди з'ясовують не лише те, чи мав місце факт скорочення, а й чи було дотримано інші вимоги, які регулюють порядок такого звільнення (можливість переведення за згодою працівника на іншу роботу, надання переваг тощо).

Частина 3 ст. 32 ЦПК 1964 року відносила до презюмованих фактів ті, які згідно із законом припускаються встановленими і не доводяться

¹⁴⁷Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар*. — Харків, 2002. — С. 34.

¹⁴⁸Кузьменко С. Г., Петров Є. В., Антонюк О. І. *Державний екзамен на «5» — це дуже просто!* — Донецьк, 2006. — С. 98 — 99.

у розгляді справи. Таке припущення могло бути спростоване в загальному порядку. Так, наприклад, «від обов'язку доводити вину заподіявача моральної шкоди звільнені громадяни й організації, яким заподіяна ця шкода діяннями іншої особи, а ця особа звільняється від відшкодування шкоди, якщо доведе, що шкода заподіяна не з її вини», — зауважує В. І. Тертишніков¹⁴⁹. Очевидно, що в ч. 3 ст. 32 ЦПК йдеться про законні припущення (презумпцію). Використовуючи презумпцію, суд має право визнати істинним існування певного юридичного факту, не вимагаючи від сторони, яка на нього посилається, доказів. У законодавчих актах, як правило, вказують процесуально-правове значення презумпції. Воно полягає в тому, що сторона звільняється від доказування презюмованого факту. Наприклад, шкода, спричинена громадянину або організації, підлягає відшкодуванню у повному обсязі особою, яка заподіяла цю шкоду. Потерпілий має довести тільки наявність шкоди, тобто протиправність дій і причинний зв'язок між цими діями і шкодою.

Потерпілий, який обґрунтував наявність вказаних фактів, не зобов'язаний доводити вину особи, яка завдала такої шкоди. У цьому випадку вина особи припускається. Цю презумпцію підтверджено ч. 2 ст. 440 ЦК 1964 року й аналогічними нормами нового ЦК, за якими той, хто заподіяв шкоду, звільняється від її відшкодування, якщо доведе, що шкода спричинена не з його вини¹⁵⁰. Ця проблема потребує окремого дослідження.

У Кодексі 2004 року підстави звільнення від доказування викладено інакше, ніж у ст. 32 ЦПК 1964 року. Так, за ЦПК 2004 року підлягають звільненню від доказування обставини, визнані сторонами, обставини, визнані судом загальновідомими. Обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало чинності, не доказуються у розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини.

Проте Кодекс 2004 року не містить вказівки на «презюмовані факти», тобто на факти, які згідно із законом припускаються встановленими і не доводяться у розгляді справи. Оскільки йдеться про презумпції, то це є певним упуцтвом Кодексу 2004 року.

Адвокатам та іншим учасникам процесу слід мати на увазі, що вирок у кримінальній справі, який набрав чинності, або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення обов'язкові для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, стосовно якої ухвалено

¹⁴⁹ Там само.

¹⁵⁰ Цивільно-процесуальний кодекс. Науково-практичний коментар. — К., 1979. — С. 50.

вирок або постанову суду з питань, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою. Наприклад, постанова про адміністративне правопорушення під час дорожньо-транспортної пригоди, яка потягла за собою пошкодження автомобілів, може бути використана як доказ у вирішенні цивільно-правового спору стосовно відшкодування шкоди щодо питання, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою.

Стаття 4 нового ЦПК Франції вказує, що «предмет судового спору визначається взаємними позовними вимогами сторін. Ці вимоги вказують у позовній заяві й у запереченнях проти позову». Далі вказується, що предмет судового спору може бути змінено в процесі розгляду справи, утім за умови, що ці зміни мають достатній зв'язок з первісними вимогами. Отже, законодавство Франції визнає предметом позову вимоги сторін. Для практичного використання таке розуміння предмета позову простіше й доступніше.

А. Ф. Клейман вважав, що предметом доказування є факти, які або породжують право, або вчиняють перепони виникненню права, або анулюють ті чи інші права сторін¹⁵¹. А. Е. Нефедьев відстоював думку, що предметом доказування є те твердження, в істинності якого потрібно переконати суддю¹⁵². «Необхідний склад фактів предмета доказування визначається на підставі норм матеріального права, якими врегульовані спірні правовідносини»¹⁵³. Склад фактів, що підлягають доказуванню (фактичний склад), визначається сторонами і судом залежно від характеру правовідносин. У кінцевому результаті суд визначає, чи наданих доказів достатньо для вирішення справи і чи запропонувати надати додаткові докази на підтвердження тієї чи іншої обставини.

Приклад. У справі про поділ майна подружжя з'ясувалося, що чоловік купив у дружини 1/4 частину квартири. Позивачка посилалась на свідоцтво про право власності, яке засвідчувало їй право на квартиру в цілій частині. Інших документів позивачка не надала. Суд визнав за потрібне витребувати додаткові докази: договір купівлі-продажу 1/4 частини квартири, докази, що засвідчують факт реєстрації права власності, які зобов'язав подати відповідача¹⁵⁴.

Джерелами, за допомогою яких визначається предмет спору в кожній справі, є відповідна норма матеріального права, підстава позовних

¹⁵¹ Клейман А. Ф. *Гражданский процесс*. — М., 1937. — С. 53.

¹⁵² Нефедьев Е.А. *Гражданский процесс*. — М., 1900. — С. 209 — 211.

¹⁵³ Штефан М. Й. *Цивільне процесуальне право України. Академічний курс*. — К., 2005. — С. 294.

¹⁵⁴ З архіву автора.

вимог і заперечень на них. Так, норма права, яка регулює певне правовідношення, вказує в загальних рисах на обставини, які слід довести.

Підстави позовних вимог і заперечень на них конкретизують ті факти, які потрібно довести у справі. Так, вимога про стягнення заборгованості за договором позики міститиме ті обставини, які потрібно довести у справі (факт укладення договору позики, позичання коштів, невиконання зобов'язання повернути борг на певну дату тощо).

У науці цивільного процесуального права немає згоди у визначенні предмета доказування. Одні вчені вважають, що предмет доказування охоплює тільки факти матеріально-правового характеру, другі вміщують у предмет доказування факти як матеріально-правового, так і процесуального характеру, а також інші факти. При цьому прихильники першої позиції визнають потребу доказування фактів процесуального характеру, однак відносять ці факти не до предмета, а до меж доказування. До фактів процесуально-правового характеру відносять, наприклад, факти, які підтверджують або спростовують право позивача на позов, факт непідсудності справи певному суду тощо¹⁵⁵. Хоч як би там було, проте в судовому засіданні потрібно доводити факти як матеріально-правового, так і процесуального характеру.

Тому **предмет доказування** — це сукупність обставин, які мають значення для справи і які потрібно встановити для вирішення існуючого у суді спору. ЦПК визначає, що предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню в ухваленні судового рішення (ст. 179).

На основі виявлених юридичних фактів, які підлягають доказуванню, встановлюють і коло доказів, без яких неможливо вирішити справу. Під час вирішення питання про належність доказів важливо з'ясувати:

- 1) чи мають значення для справи факти, для встановлення яких пропонується доказ;
- 2) чи може запропонований доказ підтвердити або спростувати належний до справи факт.

Наприклад, у справах про виселення осіб із житла у зв'язку з неможливістю сумісного проживання можна зустріти посилання на неправильну поведінку відповідача не у цій квартирі або будинку, а за місцем попереднього проживання та місцем роботи тощо. Разом з тим

¹⁵⁵ Решетникова И. В. *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова.* — М., 2004. — С. 214 (докладніше про це: Решетникова И. В. *Курс доказательственного права в гражданском судопроизводстве.* — М., 2000).

ці відомості не мають значення для вирішення такого спору, бо закон (ст. 116 ЖК) допускає виселення за неможливістю проживання тільки у випадку, коли неправильна поведінка робить неможливим проживання з певною особою у цій квартирі або будинку.

Отже, докази, які засвідчують неправильну поведінку особи за попереднім місцем проживання, не стосуються справи, яка вирішується щодо іншої квартири.

Правило про належність доказів є своєрідним фільтром, за допомогою якого суд не приймає докази, які не стосуються справи. За допомогою такого фільтру суд може припинити дії недобросовісної сторони, яка намагається уповільнити процес. «Правило належності доказів спрямоване на виокремлення істотних обставин у справі, у зв'язку з чим суд приймає до розгляду лише ті докази, що можуть підтвердити ці обставини»¹⁵⁶. Тому завданням суду є спрямування процесу подання, збирання та дослідження доказів, які стосуються предмета доказування.

Однак іноді суд відмовляється приєднати докази і цим дає підстави для підозр в упередженості й однобічності. До речі, досвідчений адвокат може легко здогадатись, коли суддя займає упереджену, однобічну позицію. Підстави для цього дають дрібниці, штрихи, незначні деталі. Наприклад, суддя веде тривалий допит сторін і свідків, ставить навідні запитання і домагається одержати на них певну відповідь. Якщо адвокат досвідчений, то він ніколи навіть вигляду не подасть, що здогадався про це, а навпаки, ще ретельніше перегляне наявну доказову базу, щоб зміцнити свої позиції. Так само і з суддівського крісла легко можна побачити неготовність адвоката, його внутрішню розгубленість навіть у випадку, якщо інтереси сторони представляє досвідчений адвокат. «Василію Васильовичу, — говорив одному відомому адвокату суддя, — я завжди знаю, коли у вас сильні позиції у справі, з вашої поведінки. Якщо ваші позиції сильні, ви спокійні й вичікуєте, як удав. Якщо маєте слабку позицію, то нервуете, і це помітно». Адвокатам, як і суддям, завжди слід пам'ятати, що вони є об'єктом посиленої уваги у суді.

Приклад. У справі про виселення з гуртожитку представник відповідача (адвокат) заявив клопотання про приєднання до матеріалів справи як доказ документів, які спростовували позовні вимоги і підтверджували, що половина будинку мала статус

¹⁵⁶Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 292.

не гуртожитку, а житлового будинку, в якому мешкали наймачі державних квартир. Суддя відмовив у прийнятті цих доказів на тій підставі, що пред'явлені документи не є оригіналами і не засвідчені належним чином, постановивши рішення. Безумовно, маємо промах адвоката. Він мав можливість сам засвідчити копії цих документів і заявити клопотання про витребування оригіналу. Не був правим і суд. Адвокат посилався на доказ, який спростовував позовні вимоги, а отже, ці докази мали значення для справи. Крім того, якщо б адвокат заявив клопотання про витребування оригіналів доказів, то суд через вимоги ч. 1 ст. 137 ЦПК «зобов'язаний витребувати такі докази». За цієї ситуації дії судді мали ознаки упередженого, однобічного підходу¹⁵⁷.

Приклад. У справі про відшкодування шкоди в результаті аварії позивач подав заяву про допит 20 свідків, які були очевидцями. Суд обмежився допитом трьох свідків, висновком експерта та матеріалами адміністративної справи і постановив рішення. У цій ситуації пояснень очевидців було досить для постановлення рішення, оскільки не було даних, що інші свідки можуть дати протилежні пояснення. Заявляючи клопотання, адвокат мав знати, що можуть підтвердити свідки. Якщо дехто із свідків надав би покази іншого змісту, то адвокат, посилаючись на цю обставину, мав би настояти на допиті саме цих свідків, які свідчать на користь його клієнта. Адвокат у цьому випадку порушив ще одне правило: не надавати суду доказів, які не йдуть на користь його клієнта.

ЦПК гарантує сторонам їхнє право обґрунтовувати належність конкретного доказу на підтвердження їхніх вимог або заперечень, а у певних випадках прямо вимагає обов'язковості обґрунтування належності доказу. Так, у ст. 134 ЦПК вимагається вказувати у заяві про забезпечення доказів на обставини, що можуть бути підтверджені певними доказами, а ст. 119 вимагає, щоб у позовній заяві було зазначено докази, які підтверджують кожен обставину. Встановивши, що певний доказ не стосується предмета спору, суд не бере його до розгляду.

Якщо належність доказів характеризує їх сутність, то допустимість — їх форму¹⁵⁸. Однак така теза не надто влучна стосовно нової редакції статті Кодексу, яку істотно змінено порівняно з аналогічною статтею Ко-

¹⁵⁷ З архіву автора.

¹⁵⁸ Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 225.

дексу 1964 року. У ч. 1 коментованої статті встановлено критерії недопустимості доказів, тобто розвинуто ідею ст. 62 Конституції України, яка встановлює, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. І хоча ця норма Конституції стосується насамперед доказів у кримінальній справі, її ідея може бути запозичена і щодо цивільних справ. Уже назріла потреба у визначенні критеріїв недопустимості доказів, яка тепер, хай частково, але реалізована. Встановлено, що суд не бере до уваги докази, одержані з порушенням порядку, встановленого законом.

У науці процесуального права прийнято розрізняти загальний і спеціальний характер допустимості доказів. Загальний характер означає, що в усіх справах, незалежно від їх категорії, мають дотримуватись вимоги про одержання інформації з визначених законом засобів доказування. Порушення цієї вимоги призводить до недопустимості доказу.

Спеціальний характер допустимості — це правила використання певних доказів для встановлення обставин справи (позитивна допустимість) або заборони використання певних доказів (негативна допустимість). Якщо відповідно до вимог закону потрібна нотаріальна форма правочину, то суд повинен мати відповідний документ, який відповідає таким вимогам. Згідно із статтями 1047, 1051 ЦК, якщо договір позики має бути укладено у письмовій формі, рішення суду не може ґрунтуватися на показах свідків для підтвердження того, що гроші або речі насправді не було одержано позичальником від позикодавця (негативна допустимість). Це положення не застосовують у випадках, коли договір укладався під впливом обману, насильства, зловмисної домовленості представника позичальника з позикодавцем або за тяжких обставин.

ПІДСТАВИ ПОЗОВУ

Певну специфіку має поняття підстави позову за Кодексом 2004 року, адже в ньому відображено матеріально-правові та процесуальні складові позову, а їх співвідношення є головною трудністю у дослідженні зазначеного інституту — одного з найскладніших у теорії та практиці цивільного процесу¹⁵⁹. Свого часу К. С. Юдельсон писав, що без зв'язку з правовими нормами факти не мають юридичного значення і не створюють ні прав, ні обов'язків. Підставою позовних вимог можуть бути

¹⁵⁹Тимченко Г. П. *Иск: генезис доктрины // Проблемы законности: Республ. мїжвід. наук. збірник. — Вип. 51. — X., 2001. — С. 190 — 196.*

лише факти, передбачені законом¹⁶⁰. Отже, «у позовному провадженні мають місце звернення позивача та обґрунтування його вимог, а завдання суду полягає у з'ясуванні того, наскільки це звернення відповідає дійсним обставинам справи¹⁶¹. Згідно зі ст. 119 ЦПК 2004 року (та ст. 137 ЦПК 1964 року) позовна заява має містити обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. Позивач також має зазначити докази, що підтверджують кожну обставину, або вказати на наявність підстав для звільнення від доказування.

Ця обставина дала підставу науковцям для твердження, що «підставою позову є юридичні факти, які наводяться позивачем на обґрунтування своєї матеріально-правової вимоги, а саме факти, які мають значення для судового захисту суб'єктивного цивільного права»¹⁶². Для порівняння: ст. 6 ЦПК Франції передбачає, що «в обґрунтування своїх позовних вимог сторони мають наводити факти, що їх підтверджують». Характерною рисою французького законодавства є його простота і доступність.

«Підстава позову — це частина позову, яка відображає обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, і докази, що підтверджують позов. Підстави позову, які підтверджують, що спірне право належить позивачу, а на відповідача покладено певні обов'язки, становлять *активну* підставу. До їх складу входять також факти, які обґрунтовують належність доказів до справи, те, що позивач і відповідач є суб'єктами прав та обов'язків спірних правовідносин. *Пасивну* підставу позову становлять факти, з яких вбачається, що відповідач вчинив дії, спрямовані на заперечення права позивача або утвердження за собою права, яке йому не належить. Ці факти обґрунтовують потребу подання позову та захисту прав чи інтересів позивача. Вони свідчать, що право позивача порушене, оспорене чи невизнане, є загроза його порушення чи потреба у зміні існуючих між сторонами правовідносин»¹⁶³.

Не вдаючись до теоретичних дискусій з надмірно ускладненою проблемою поняття про підставу позову, вважаємо, що для потреб практичної діяльності досить усвідомлювати, що на підтвердження своїх вимог потрібно подати фактичні дані (відомості про факти), тобто те,

¹⁶⁰ Юдельсон К. С. *Проблема доказывания в советском гражданском процессе.* — М., 1950. — С. 149.

¹⁶¹ Тимченко Г. П. *Підстава позову в цивільному процесі // Вісник Верховного Суду України.* — 2004. — № 10. — С. 37.

¹⁶² Там само. — С. 38.

¹⁶³ Кузьменко С. Г., Петров Є. В., Антонюк О. І. *Державний екзаме́н на «5» — це дуже просто!* — Донецьк, 2006. — С. 98 — 99.

що можна назвати матеріально-правовою складовою підстави позову¹⁶⁴. Але при цьому такі дані мають встановлюватись передбаченими та дозволеними процесуальним законом засобами: поясненнями сторін і третіх осіб, письмовими доказами, речовими доказами, висновками експертів. І перелік цих засобів є вичерпним. Уже саме обмеження доказування певним вичерпним переліком засвідчує про обмеженість можливостей досягти «об'єктивної істини».

Позивач мав би вказати на норми права, якими регулюється спірне право або спірний інтерес, тобто те, що можна було б назвати процесуально-правовою складовою підстави позову¹⁶⁵. Однак ст. 119 ЦПК не містить прямої вимоги вказати норми закону, на яких ґрунтується закон (на відміну, наприклад, від Господарського процесуального кодексу України). Для потреб практичної діяльності адвоката велике значення має право зміни підстави чи предмета позову. Стаття 31 ЦПК 2004 року встановлює, що позивач має право протягом усього часу розгляду справи

¹⁶⁴ У правових системах західних країн підставою позову прийнято вважати юридичні факти, які породжують правові наслідки. При цьому посилаються на норми матеріального і процесуального права. В. К. Пучинський посилається на нормативні акти деяких штатів США, де прямо вказано на потребу звертати увагу на норми права, які регулюють певні відносини, і навіть на тлумачення цих норм (Пучинський В. К. *Гражданский процесс США*. — М., 1979. — С. 154 — 158).

¹⁶⁵ Ця позиція не узгоджується із загальноприйнятими в теорії процесуального права класифікаціями. Автор використовує таку класифікацію для власних потреб, тобто тоді, коли аналізує конкретну справу. Наприклад, з'ясовує, чи мають місце факти, які б підтверджували позовні вимоги (матеріально-правова складова), а вже потім, чи є можливість одержати фактичні дані у тому вигляді, який вимагає процесуальний закон (процесуально-правова складова). Надмірне захоплення схоластичними класифікаціями з боку окремих науковців автор вважає одним із недоліків української (і не тільки) юридичної науки. Так, процесуалісти виділяють три групи фактів. 1. Юридичні факти матеріально-правового характеру. Наприклад, перш ніж суд може вирішити, чи зобов'язана особа сплатити борг, потрібно встановити, чи мало місце укладення договору позики, предмет такого договору і строки виконання. 2. Доказові факти, тобто такі факти, які, будучи доведеними, дозволяють логічним шляхом вивести юридичний факт. Наприклад, у справі про визнання запису про батьківство недійсним позивач може посилатися на доказовий факт своєї тривалої відсутності в місці проживання відповідачки, у зв'язку з чим можна виключити висновок про батьківство. 3. Факти, які мають винятково процесуальне значення. До них належить право на зупинення провадження у справі, його припинення, вжиття заходів до забезпечення позову (*Учебник гражданского процесса / под ред. М. К. Треушников*. — М., 1996. — С. 163). Є й інші класифікації. Наприклад: *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / В. І. Тертишніков*. — Х., 2002. — С. 32.

змінити підставу або предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, а відповідач має право визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов. На наш погляд, зміна предмета позову містить і поняття збільшення або зменшення розміру позовних вимог. Розмір позовних вимог можна вважати елементом предмета позову. Законодавець вирішив, що цей елемент потрібно виділити окремо, й у такий спосіб створив ілюзію того, що розмір позовних вимог у позовах, наприклад, про стягнення боргу — це щось окремішне, віддільне від предмета позову.

Для адвоката є важливою позиція Верховного Суду України про те, що «у разі зміни підстав і предмета вимог у процесі розгляду порушеної цивільної справи, а також особи, до якої їх заявлено, вони вважаються новими вимогами і мають бути оформлені письмовою заявою згідно з правилами ст. 137 ЦПК (ухвалено СКЦС ВСУ від 02.07.97 р.)»¹⁶⁶. Ця позиція ВСУ збереглася і після набрання чинності ЦПК 2004 року. Отже, якщо у справі виникла потреба у зміні підстави або предмета позову, складається письмова заява, яка має відповідати тим самим вимогам, що і позовна заява.

¹⁶⁶ *Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства / за ред. П. І. Шевчука. — К., 2002. — С. 391. Ухвала судової колегії в цивільних справах Верховного Суду України.*

РОЗДІЛ IV. ОСОБИ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВІ

СТОРОНИ

Глава 4 ЦПК визначає процесуальний статус учасників цивільного процесу, тобто хто є учасником процесу та якими правами користується.

Під час здійснення правосуддя в цивільних справах суд вступає у певні відносини з учасниками цивільного процесу із застосуванням норм матеріального та процесуального права. У теорії права ці відносини називають цивільними процесуальними правовідносинами.

Отже, цивільне судочинство являє собою систему цивільних процесуальних відносин і дій, які виникають у зв'язку з розглядом конкретної цивільної справи¹⁶⁷. У справах позовного провадження особами, які беруть участь у справі, є сторони (позивач і відповідач), треті особи, представники сторін і третіх осіб. Характерною ознакою цих осіб є наявність у них юридичної заінтересованості.

У справах наказного й окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники. У Кодексі 2004 р. введено нову судову процедуру — наказне провадження. Кредитор, який звертається з вимогою про видання наказу, є заявником. У ст. 102 Кодексу заявника названо стягувачем. Боржник у судові засідання (як і заявник) не викликається. Копія судового наказу в обов'язковому порядку надсилається боржнику. Отже, можна стверджувати, що особами, які беруть участь у справі наказного провадження, є заявник (кредитор), боржник та їхні представники. «Віднесення боржника до інших заінтересованих осіб (як зазначено у статті) у правовій літературі вважають неправильним»¹⁶⁸. З цим можна погодитись. Особливістю цієї процедури є те, що ані заявник, ані боржник, ані їхні представники не беруть участі у судовому засіданні

Ознакою заяв окремого провадження є те, що у цьому порядку може вирішуватися тільки спір про факт, про стан, але не про право. Справи порушуються заявою, отже, це вид непозовного цивільного судочинства. Оскільки не вирішується спір про право, то немає сторін, а є заявники, заінтересовані особи та їхні представники.

¹⁶⁷ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 52.*

¹⁶⁸ *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 54.*

Цивільний процес за загальним правилом відкривається у зв'язку з виникненням спору між різними учасниками матеріально-правових відносин. У кожній цивільній справі є дві сторони — позивач і відповідач. Не має при цьому значення кількість осіб, які беруть участь у справі на тому чи іншому боці. Спірне право може належати одночасно кільком особам, наприклад, на праві дольової власності. Проте, подаючи позов до суду на захист своїх інтересів, усі вони є однією стороною — позивачем, усі вони мають юридичну зацікавленість (заінтересованість).

Позивач — це особа, яка звертається до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Позивач виступає як активна сторона, оскільки саме він звертається з вимогою про відкриття цивільної справи з метою захисту своїх прав та інтересів. Слід мати на увазі, що поняття позивача й особи, яка звертається з вимогою про відкриття цивільної справи, не повністю тотожні. У цивільному процесі допускається звернення до суду в інтересах інших осіб. Після відкриття справи може виявитися, що право не порушено або порушено, втім позивачу не належить. Тому прийнято вказувати, що позивач — це та зі сторін у процесі, яка звернулася до суду, вважаючи, що її права порушені або оспорується¹⁶⁹.

Відповідач — це особа, яку притягують до відповіді у зв'язку із заявою позивача про те, що порушуються, не визнаються або оспорується права, свободи чи інтереси. Відповідача розглядають як пасивну сторону в цивільному процесі.

Оскільки в основі позову лежить переконання позивача, що саме відповідач порушує право, то науковці вказують, що відповідач є тією зі сторін, на яку вказує позивач як на порушника свого права. Тобто як щодо позивача, так і щодо відповідача має місце елемент презумпції. Для потреб практики заглиблення у такі тонкощі необов'язкове. Стаття 30 Кодексу коротко й однозначно вказує, що сторонами у цивільному процесі є позивач і відповідач. Цього достатньо.

«Особиста юридична заінтересованість сторін має і матеріально-правову, і процесуальну спрямованість — це і заінтересованість в одержанні сприятливого матеріально-правового результату, і заінтересованість у можливості участі в процесі. Звідси й друга ознака сторін — процес у справі ведеться від імені та в інтересах сторін навіть тоді, коли позивач особисто не порушує справу або сторони особисто не беруть участі у процесі»¹⁷⁰.

¹⁶⁹Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 87.

¹⁷⁰Там само.

Тільки на сторони поширюється матеріально-правова сила судового рішення і залежно від судового рішення змінюється обсяг їх суб'єктивних особистих і матеріальних прав.

Таким чином, сторонами слід розглядати суб'єктів спірного матеріального правовідношення, а процесуальне становище кожної зі сторін визначається характером їхнього правового статусу в матеріальних правовідносинах.

Істотною новелою у ст. 30 Кодексу, порівняно з аналогічною статтею ЦПК 1963 року (ст. 102), є визнання, що відповідачем, крім фізичних та юридичних осіб, є держава.

Ще до набрання чинності ЦПК 2004 р. існувала судова практика звернення з вимогами до держави Україна. Так, звернення до Європейського суду з прав людини другою стороною вказувалася держава Україна. У господарських судах стороною у процесі, поряд із податковою службою як відповідача, вказувалась держава Україна в особі Державного казначейства.

Було би доцільним, щоб у ст. 30 або в спеціальному акті було визначено один або кілька органів, які в судах представляють державу Україна, як це зроблено щодо Європейського суду з прав людини, де державу Україна представляє Міністерство юстиції.

Доцільним було би вказати такими органами Міністерство юстиції та Державне казначейство України, а також визначити виключну підсудність спорів, у яких відповідачем виступає держава.

У правовій літературі висловлено думку, яку підтримано і рішеннями судів про можливість розгляду окремих справ без відповідача. Так, ст. 392 ЦК передбачено, що власник майна може пред'явити позов про визнання права власності, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право власності.

У разі втрати документа відсутня сторона, що оспорує чи не визнає право власності, а особа, що володіє майном, за певних умов позбавлена можливості отримати дублікат такого документа, відсутність якого заважає їй володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном на власний розсуд. Висловлено думку, що за відсутності у позивача можливості отримати дублікат правовстановлюючого документа до участі у справі мають притягуватися місцеві органи виконавчої влади як третя особа, а не відповідач, адже вони не оспорюють право позивача і не перебувають з ним у матеріально-правовому спорі. Зроблено висновок, що розгляд справи у таких випадках відбувається у позовному провадженні, проте

без відповідача. При цьому позивач має довести неможливість отримання дубліката документа¹⁷¹.

У справах можуть брати участь особи, яким законом надано право захищати права, свободи й інтереси інших осіб.

У випадках, якщо у справі бере участь юридична особа, яка перебуває у стадії банкрутства, слід урахувати положення розділу III Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Якщо господарський суд визнав боржника банкрутом і призначив ліквідатора, то до останнього переходять права керівника юридичної особи — банкрута.

Отже, у справах, які розглядаються у порядку цивільного судочинства, належною стороною є юридична особа — банкрут, а ліквідатор є органом, що представляє банкрута в суді. Якщо спір не стосується безпосередньо ліквідатора як фізичної особи, то він не має притягатися до участі у справі¹⁷². Процесуальна рівність сторін дозволяє як позивачу, так і відповідачу користуватись усім комплексом прав для захисту своїх інтересів у суді, а також наявністю певних процесуальних обов'язків, які дають можливість суду впливати на сторони для підтримання процесуальної рівноваги. В результаті (та з урахуванням принципів диспозитивності й змагальності) досягається рівність сторін у процесі.

Права і обов'язки сторін прийнято поділяти на загальні та спеціальні.

Загальні — це такі процесуальні права сторін, якими наділено всіх осіб, які беруть участь у справі. Про них йшлося (див. коментар до ст. 27) й у деяких інших статтях.

Спеціальні права сторін вказано у статтях 31, 32, 33 та деяких інших. Так, позивач має право змінити підставу або предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, а відповідач має право визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов.

Загальні процесуальні обов'язки сторін переважно зводяться до такого. Сторони зобов'язані добросовісно користуватись належними їм процесуальними правами та дотримуватись встановленого у судовому засіданні порядку, правил, які мають ритуальний характер (звернення до судді «Ваша честь» тощо).

¹⁷¹Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 98 — 99.

¹⁷²Там само. — С. 97 — 98.

Спеціальні процесуальні обов'язки сторін різні та залежать від конкретних процесуальних дій і стадій судового процесу. Так, позивач зобов'язаний вказати низку обов'язкових відомостей у позовній заяві та додати до позовної заяви потрібні документи. Відповідач має довести ті обставини, на які він посилається як на підставу своїх заперечень тощо.

На практиці така класифікація не має принципового значення, проте вона використовується у спеціальній юридичній літературі.

Особливе правове значення для справи мають диспозитивні права сторін — відмова від позову, визнання позову, укладення мирової угоди, зміна предмета або підстави позовних вимог.

Відмова від позову — диспозитивне право позивача, яке означає, що він відмовився від своєї матеріально-правової вимоги до відповідача, а значить, і від продовження процесу. У разі повної відмови від позову суд відповідно до ч. 3 ст. 174 ЦПК постановляє ухвалу про закриття провадження у справі, що унеможливорює повторне звернення до суду між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Однак ця обставина (про закриття провадження) не позбавляє відповідача в цій справі звернення до суду за вирішенням цього спору (ч. 3 ст. 206 ЦПК України)¹⁷³. У разі часткової відмови від позову суд продовжує розгляд вимог, щодо яких позивач не заявив свою відмову. Відмова від позову можлива як у суді першої та другої інстанції, так і у касаційній інстанції. Відмова від позову, по суті, можлива й у виконавчому провадженні, коли стягувач відмовляється від стягнення.

Визнання позову — диспозитивне право відповідача, яке означає, що він визнає вимоги позивача до нього. Визнання позову може бути як повним, так і частковим. На відміну від розпорядчої дії позивача про відмову від позову, у разі його визнання процес продовжується і щодо справи виносять рішення.

Сторони можуть укласти мирову угоду на будь-якій стадії процесу, що є важливим диспозитивним правом сторін. *Мирова угода* — це двосторонній договір, спрямований на врегулювання спору шляхом взаємних поступок, який укладається тільки між суб'єктами спірного правовідношення (позивач, відповідач, треті особи, які заявили самостійні вимоги на предмет спору).

На відміну від ЦПК 1963 року, ст. 31 Кодексу не містить застереження про те, що суд не затверджує мирової угоди сторін, якщо ці дії

¹⁷³ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 47; Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2008. — С. 65.

суперечать закону або порушують чийсь права або інтереси. По суті це означає, що сторони вільні у розпорядженні своїми диспозитивними правами, а вчинені ними дії з відмови у позові, визнання позову, укладення мирової угоди є обов'язковими для суду.

Предмет спору визначається позовними вимогами, які вказують у позовній заяві. Позивач має право протягом часу розгляду справи змінити предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог.

Стаття 4 нового ЦПК Франції вказує, що предмет судового спору визначається взаємними позовними вимогами сторін. Ці вимоги вказують у позовній заяві й у запереченнях проти позову. Далі вказується, що предмет судового спору може бути змінено у процесі розгляду справи, але за умови, що ці зміни мають достатній зв'язок з первісними вимогами. Отже, французьке законодавство визнає предметом позову вимоги сторін. Для практичного використання таке розуміння предмета позову простіше і доступніше.

На практиці виникає питання про те, в яких межах може бути змінено предмет позову, наскільки допустимою є заміна одних вимог іншими, не пов'язаними з первісними вимогами. На жаль, ст. 31 Кодексу 2004 р. не встановлює таких меж. Точніше, це питання врегульовано у Франції, де ставиться умова, що зміни предмета спору повинні мати достатній правовий зв'язок з первісними вимогами.

Правильно зауважує Верховний Суд України, що у разі зміни підстав і предмета вимог у процесі розгляду цивільної справи вони вважаються новими вимогами і мають бути оформлені письмовою заявою згідно з правилами, які стосуються форми та змісту позовної заяви¹⁷⁴. Ця позиція Верховного Суду, на мою думку, зберігає свою силу і для Кодексу 2004 р. Понад те, відповідач має мати право на відкладення розгляду справи у цьому випадку для підготовки та подання відповідних заперечень і доказів, що їх підтверджують. У цьому питанні заслуговує на увагу досвід господарських судів. Так, згідно з роз'ясненням Вищого господарського суду у випадку висування позивачем додаткових, змінених чи нових вимог до відповідача останній вправі вимагати відкладення розгляду справи для подання відповідних доказів (п. 8 Роз'яснення від 10.12.96 р. № 02-5/422 «Про судові рішення»)¹⁷⁵.

Вказівка Верховного Суду України на обов'язковий виклад зміни предмета або підстави позову заслуговує на те, щоб її було занесено

¹⁷⁴ *Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства.* — К., 2002. — С. 391.

¹⁷⁵ *Господарський процесуальний кодекс України з постановними матеріалами.* — К., 2002. — С. 193.

безпосередньо до тексту Кодексу (наприклад, як окрему частину ст. 31 Кодексу).

Для потреб практичної діяльності адвоката, а також сторін велике значення має право зміни підстави чи предмета, а також збільшення або зменшення позовних вимог.

Позивач має право збільшити або зменшити позовні вимоги, тобто змінити обсяг пред'явлених позивачем матеріально-правових вимог. *Розмір позовних вимог* — це кількісна характеристика позовних вимог (наприклад, виражена у грошовій сумі). Згідно з ч. 3 ст. 80 ЦПК у разі збільшення розміру позовних вимог несплачену суму судового збору належить сплатити до звернення суду із відповідною заявою. Зрозуміло, що за відповідних обставин позивач може просити відстрочити або розстрочити платежі чи навіть звільнити його від сплати судового збору. Вживання у тексті статті розділового сполучника «або»¹⁷⁶ вказує на те, що змінювати можна або тільки підставу позову, або тільки предмет позову. Одночасна заміна і позову, і підстави означає не що інше, як подання іншого позову. *Зміна підстави позову* — це заміна позивачем конкретних фактів, якими він обґрунтовує свої позовні вимоги новими фактами. *Зміна предмета позову* означає заміну однієї матеріально-правової вимоги іншою або доповнення позивачем первісних вимог новими. Відмова від позову полягає у знятті матеріально-правових вимог до відповідача. Позивач має право відмовитися від позову повністю або частково.

«Змінювати предмет або підставу позову чи збільшувати розмір позовних вимог є диспозитивним правом позивача, яке він може використовувати протягом усього часу розгляду справи. Не має бути великої проблеми у разі зміни позивачем предмета чи підстави позову, оскільки він вправі це зробити лише в межах тих самих матеріально-правових відносин. Нові докази бувають потрібними за одночасної зміни предмета і підстави позову, проте на це позивач права не має, оскільки це є вже іншим позовом, який має заявлятися на загальних підставах. Тому приймати до розгляду в уже порушеній цивільній справі уточнення позову, в якому змінюються і предмет, і його підстава, не можна¹⁷⁷. Право змінити предмет або підставу веде до затягування розгляду справи. Все ж

¹⁷⁶ Великий тлумачний словник сучасної української мови. — К. : Перун. — С. 2; «Або» — розділовий сполучник. Уживається на означення того, що з низки перелічених предметів (явищ тощо) можливий тільки один.

¹⁷⁷ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 119.

у разі зміни предмета чи підстави або збільшення позовних вимог виникає потреба в одержанні нових доказів. І ЦПК враховує таку можливість у ч. 2 ст. 191 ЦПК, згідно з якою суд оголошує перерву на час, потрібний для подання нових доказів.

Слід мати на увазі, що змінами, передбаченими Законом України «Про судоустрій», позивач має право протягом усього часу розгляду справи збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, а відповідач має право визнати позов повністю або частково. Однак тільки до початку розгляду судом справи по суті позивач має право шляхом подання письмової заяви змінити предмет або підставу позову, а відповідач — пред'явити зустрічний позов.

У ст. 31 Кодексу наголошується про те, що кожна із сторін має право вимагати виконання судового рішення в частині, що стосується цієї сторони. Обов'язковість рішень суду є головною засадою судочинства і передбачена ч. 2 п. 9 ст. 129 Конституції України. Частина 4 ст. 31 ЦПК 2004 р. наголошує на конкретному суб'єктивному праві сторони вимагати виконання рішення суду.

Частина 5 ст. 31 прирівнює до сторін заявника та заінтересованих осіб у справах окремого провадження за винятками, встановленими у розділі IV Кодексу. Ці винятки визначаються непозовним характером справ, розглянутих у порядку окремого провадження. Так, ці особи не можуть передати справу на розгляд третейського суду, укласти мирову угоду, не зобов'язані відшкодувати судові витрати, якщо інше не встановлено законом (ч. 5, 7 ст. 235 ЦПК України). У справах окремого провадження немає позову, тому заявники та заінтересовані особи не можуть змінити підставу або предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов¹⁷⁸.

Стаття 27 ЦПК визначає осіб, які беруть участь у справі, та їх процесуальну роль і можливості у процесі, що дозволяє їм реалізувати свої інтереси під час розгляду справи. Статтею, що коментується, визначено зміст, процесуальну форму, умови та порядок виконання дій щодо реалізації процесуальних прав.

Статтею 27 ЦПК передбачено право знімати копії з документів, долучених до справи. У зв'язку з цим суд зобов'язаний створити умови для реалізації такого права, з чим на практиці виникають труднощі.

¹⁷⁸ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 47; Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2008. — С. 67.

Якщо щодо реалізації цього права вчиняються перепони, пов'язані не з діями суддів у судовому засіданні, а внаслідок неналежної організації руху — справи поза межами судового засідання, яка створила перешкоди до своєчасного розгляду справи, така бездіяльність суду може бути оскаржена.

Окремо слід застерегти, що робити витяги та знімати копії можна тільки з документів, долучених до справи. На практиці буває так, що одна зі сторін надсилає документи поштою або здає їх до канцелярії. Рішення суду про долучення цих документів до справи ще немає. А тому правильно діють ті судді, які дозволяють знімати копії або робити витяги тільки з тих документів, які до справи долучені.

У справі позовного провадження особи, які беруть участь у справі, зобов'язані подати для підтвердження своїх вимог чи заперечень усі наявні у них докази або повідомити про них суд до чи під час попереднього судового засідання, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться — до початку розгляду справи по суті. Окремі судді неправильно застосовують цю норму, вважаючи, що в усіх випадках потрібно подати суду всі докази до попереднього слухання справи або до початку розгляду справи по суті. Між тим у статті йдеться про наявні докази, щодо інших доказів, то стороною може бути заявлено про їх забезпечення або витребування.

В ідеальному варіанті справа мала б бути вирішеною у першому ж засіданні, після попереднього судового засідання. Для цього потрібно знати і про наявність доказів, і про їх існування ще на попередньому судовому засіданні або ж до початку розгляду справи по суті, для того щоб суд вказав, які ще докази належить додати до судового засідання. Тобто новий ЦПК орієнтує суди на вирішення справи в одному-двох засіданнях (принцип концентрації процесу, рекомендований Комітетом Міністрів державам — членам Ради Європи і спрямований на вдосконалення судової системи)¹⁷⁹. У США «змагальна система правосуддя передбачає єдине, концентроване та безперервне провадження у справі в суді»¹⁸⁰. Порядок розгляду справ у США, встановлений у цивільному процесі, майже не відрізняється від кримінального процесу. Істотні відмінності є тільки на досудових стадіях провадження

¹⁷⁹Балюк М. І., Лупеник Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 46 — 47.

¹⁸⁰Бернам Уільям. *Правовая система США.* — М. : Новая юстиция, 2007. — С. 394.

у справі¹⁸¹. Цивільний процес у США встановлює жорсткі правила подання змагальних паперів (позовної заяви) та подання заперечень у вигляді «клопотання про відхилення позову» або ж оспорювання позову шляхом подання пояснень на позов¹⁸². За таких умов надто важливим є зібрання доказів до подання позову до суду й опитування можливих свідків.

В Україні адвокатам доцільно запозичити дещо з американського досвіду щодо збирання доказів і досудової підготовки справ. Тобто принцип концентрації вимагає від адвокатів України зібрати весь можливий доказовий матеріал і подати його на стадії попереднього слухання або до початку слухання справи по суті, якщо попереднє засідання не проводиться. Підготовка має бути такою, щоб суду було досить одного засідання для ухвалення рішення.

Частина 3 ст. 27 ЦПК встановлює обов'язок добросовісно здійснювати свої права та обов'язки. Суд має вимагати від осіб, які беруть участь у справі, щоб вони добросовісно користувалися своїми процесуальними правами та належно виконували обов'язки. Слід зауважити, що судді недостатньо «озброєні» законом для забезпечення такої функції. Вважаю, що суддя повинен мати право безпосередньо накладати штраф на порушників процесу, аж до арешту в межах п'яти діб. Такі пропозиції, на жаль, не знаходять підтримки ні у науковців, ні у законодавчої влади.

У Сімейному кодексі України передбачено, що думка дитини під час вирішення питань, що стосуються її життя, враховується судом. Відповідно до ст. 6 Європейської конвенції про здійснення прав дітей (Страсбург, 25 січня 1996 р.) суд надає дитині можливість висловити свою думку і приділяє цій думці належну увагу. У ч. 2 ст. 171 СК перераховано категорії спорів між батьками щодо дитини, під час розгляду яких має бути вислухана її думка. Це спори про виховання дитини, визначення (зміна) місця її проживання, про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також щодо управління майном дитини. Дитина може бути вислухана й під час розгляду інших спорів, які стосуються її інтересів. Вислухати (заслухати) дитину й урахувати її думку — це різні речі. Думка дитини має бути вислухана з повагою і врахована настільки, наскільки це відповідає її найвищим інтересам¹⁸³.

¹⁸¹ Там само. — С. 385.

¹⁸² Там само. — С. 388.

¹⁸³ Ромовська З. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К.: ІнЮре. — С. 172.

Викликає сумнів у правильності позиції ст. 27¹ ЦПК щодо покладання на малолітню дитину, яка не набула цивільної процесуальної дієздатності, процесуальних обов'язків. Неможливо для малолітньої дитини, якій виповнився рік, самостійно реалізувати права, передбачені ст. 27 ЦПК. Очевидно, було би достатнім указати, що дитина має бути вислухана судом і її думку має бути враховано під час ухвалення рішення. Малолітня дитина — це і немовля, і дитина трирічного віку, які не можуть скористатися за своїм фізіологічним рівнем розвитку тими процесуальними правами, які передбачає ст. 27 ЦПК та стаття, що коментується. Зі слів професора З. Ромовської, ст. 27¹ ЦПК — це спотворений варіант ст. 171 СК.

Стаття 12 Конвенції про права дитини передбачає таке:

1. Держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю.

2. З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою під час будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що стосується дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства. Суб'єкти цивільного процесуального права мають цивільну процесуальну правоздатність і дієздатність у зв'язку з потребою захисту належних їм прав та інтересів.

Наявність цивільної процесуальної правоздатності є загальною підставою для участі у цивільному процесі. Вона визнається за всіма фізичними особами. Що стосується комерційних і некомерційних організацій, інших утворень, то за ними цивільна правоздатність визнається у випадку, якщо вони мають права юридичної особи.

Правовий статус суб'єктів цивільного процесу пов'язується з наявністю цивільної процесуальної дієздатності. Цивільна процесуальна дієздатність належить громадянам, які досягли повноліття (18 років), і організаціям.

Цивільною процесуальною дієздатністю визнається здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді, якою наділені фізичні особи, які досягли повноліття, а також юридичні особи.

У ст. 18 СК передбачено, що кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу. Автор Сімейного кодексу З. Ромовська вважає, що основною новелою цієї статті є надання

дитині, якій виповнилося чотирнадцять років, цивільної процесуальної дієздатності. Така дитина має право самостійно подати позовну заяву на захист свого права або інтересу, зокрема позовну заяву про розірвання шлюбу чи визнання шлюбу недійсним, визнання батьківства, стягнення аліментів, скасування усиновлення чи визнання усиновлення недійсним. Така дитина має й усі процесуальні права позивача у процесі. Вона може бути і відповідачем (наприклад, у справі про визнання батьківства чи стягнення аліментів). Дитина, якій виповнилося чотирнадцять років, може сама звернутися до суду з заявою про надання їй права на шлюб (ст. 23 СК)¹⁸⁴.

Вимоги норм СК ч. 2 статті, що коментується, передбачають, що особи віком від 14 до 18 років, а також особи, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена (ст. 39 ЦПК). У цьому випадку законодавець враховує, що неповнолітні особи й особи, дієздатність яких обмежена, не мають достатнього життєвого досвіду і не завжди можуть повною мірою оцінити ситуацію, що склалася у цивільній справі. Малолітніх осіб (віком до 14 років), а також недієздатних осіб представляють у суді законні представники.

У разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває цивільної процесуальної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. Набута повна дієздатність зберігається (ч. 2 ст. 34 ЦК України) й у випадку припинення шлюбу (якщо тільки це не пов'язано з протиправною поведінкою неповнолітньої особи). Цивільної процесуальної дієздатності набуває також неповнолітня особа, якій у порядку, встановленому цим Кодексом, надано повну цивільну дієздатність.

Відповідно до ст. 35 ЦК України суд може надати повну цивільну дієздатність фізичній особі, яка працює за трудовим договором. У разі припинення трудового договору надана цій особі повна цивільна дієздатність зберігається. Повна цивільна дієздатність може бути надана також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. У літературі звертається увага на те, що «повна цивільна дієздатність надається не лише судом, а й органом опіки та піклування» (ст. 35 ЦК). У зв'язку

¹⁸⁴ Ромовська З. *Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар*. – К., 2003. – С. 58.

з цим виникає питання: чому законодавець не наділяє цивільною процесуальною дієздатністю осіб, яким повну цивільну дієздатність надано органом опіки та піклування, адже наслідки отримання повної цивільної дієздатності однакові для всіх неповнолітніх осіб, незалежно від того, хто їм таку дієздатність надавав»¹⁸⁵. Маємо невдале формулювання закону, в результаті якого утворилася прогалина у ЦПК. Отже, особа, якій повна цивільна дієздатність надана органом опіки та піклування, може укласти договір, але не може звернутися до суду за захистом свого порушеного права, за буквальною тлумаченням цієї норми.

У літературі з посиланням на ч. 1 ст. 40 стверджується, що норми інституту емансипації, тобто набуття повної цивільної та цивільної процесуальної дієздатності до досягнення повноліття (ч. 3 ст. 29 ЦПК, ст. 34, 35 ЦК), мають обмежений характер у частині представництва в суді. Згідно з ч. 1 ст. 40 ЦПК представником у суді може бути дієздатна особа, яка досягла 18 років¹⁸⁶. Формально правильно. А по суті — помилка законодавця. У результаті неповноліття мати, яка досягла повної цивільної дієздатності (якщо бути послідовним), не може бути законним представником своєї малолітньої дитини, оскільки їй не виповнилося 18 років, якщо розуміти цю норму буквально. Таким чином, з повноважень цивільної процесуальної дієздатності (ст. 29 ЦПК) ніби виокремлюється право представництва. У цьому випадку потрібно, на мою думку, надавати перевагу ст. 29 ЦПК і визнавати за неповнолітньою дитиною право представництва.

Професор З. В. Ромовська наголошує на тому, що особа, яка має повну цивільну дієздатність, повинна мати можливість звернутися до суду за захистом свого права або інтересу. Повна цивільна дієздатність невіддільна від процесуальної дієздатності. Набуття повної цивільної дієздатності неповнолітнім усуває перепони на шляху повної соціальної активності. Водночас неповнолітній стає самостійним суб'єктом ризику та відповідальності, втрачаючи можливість часткового перенесення їх на плечі батьків, піклувальника¹⁸⁷. На наш погляд, саме таку позицію мають займати суди.

Згідно зі ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право»

¹⁸⁵ Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2008. — С. 62.

¹⁸⁶ Балюк М. І., Лупеник Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях. — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 112.

¹⁸⁷ Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. — К. : Атіка, 2005. — С. 255.

цивільна процесуальна дієздатність іноземних осіб в Україні визначається за правом України. Від іноземної юридичної особи суд вимагає подання документа, що підтвердив би її правосуб'єктність (витяг з торговельного реєстру тощо).

Адвокат, інша особа, яка надає правову допомогу іноземцю, мають потурбуватися про належне оформлення довіреності на право представництва іноземця та відповідну легалізацію цих документів у встановлених законом або міжнародним договором випадках.

У цьому випадку ст. 27¹ не враховує вимогу щодо інтелектуального розвитку дитини, тобто такої дитини, яка здатна сформулювати власні погляди. Тому в разі застосування статті, що коментується, слід зважати на здатність дитини сформулювати власні погляди як критерій, що враховується судом.

Не завжди як позивач або відповідач виступає тільки одна особа. Відповідно до ст. 32 Кодексу позов може бути пред'явлений спільно кількома позивачами або до відповідачів.

Одночасну участь у цивільному процесі на стороні позивача або відповідача або на обох сторонах кількох осіб називають процесуальною співучастю.

Сторін у цивільному процесі завжди дві — позивач і відповідач. Цю позицію поставлено під сумнів судовою практикою, яка почала визнавати можливість розгляду справи за наявності тільки позивача. Кількість осіб, які беруть участь на обох сторонах, значення немає. Співучасників називають або співпозивачами (якщо вони виступають на стороні позивача), або співвідповідачами (на стороні відповідача).

Щодо процесуального права класифікація проводиться за двома підставами.

За процесуально-правовим критерієм визначають три види співучасті:

- активну співучасть — кілька співпозивачів виступають проти одного відповідача;
- пасивну співучасть — один позивач виступає проти кількох співвідповідачів;
- змішану співучасть — кілька співпозивачів виступають проти кількох співвідповідачів¹⁸⁸.

«Від співучасті на стороні відповідача слід відрізнити участь у справі другого відповідача та додаткового відповідача. Участь у справі другого відповідача може бути, наприклад, тоді, коли суд у разі незгоди позивача

¹⁸⁸ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 72; Тертишников В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 89.*

на заміну неналежного відповідача притягає належного як другого відповідача. У цьому разі відповідачі не пов'язані загальним матеріально-правовим обов'язком як співвідповідачі¹⁸⁹.

Під час підготовки позовної заяви потрібно чітко вказувати, як хто притягається та чи інша особа: відповідач, співвідповідач, другий відповідач. Це не лише елемент правової культури того, хто складає позовну заяву, а й вимога процесуального закону.

За матеріально-правовим критерієм виділяють:

- обов'язкову (необхідну) співучасть;
- необов'язкову (факультативну) співучасть.

Обов'язкова співучасть не залежить від розсуду суду (дискреції), позивача або відповідача, а цілком визначається приписами закону і характером спільного суб'єктивного правовідношення, як правило, їх багатосуб'єктним складом.

У випадку обов'язкової співучасті розгляд справи за відсутності хоча б одного із співучасників є неможливим. Наприклад, у справі про поділ спадщини суд має притягнути до участі у справі всіх спадкоємців, які прийняли спадщину.

Факультативна (необов'язкова) співучасть — це така співучасть, яку допускає суд на свій розсуд. Наприклад, при солідарному обов'язку боржників кредитор вправі вимагати виконання як від усіх боржників разом, так і від будь-якого з них, зокрема, як повністю, так і частини боргу. Отже, за факультативної співучасті характер спільного матеріального правовідношення дозволяє розглянути справу щодо будь-якого із суб'єктів у окремому процесі.

На відміну від ст. 104 ЦПК 1963 року в ст. 32 ЦПК чітко визначено, в яких випадках допускається процесуальна співучасть:

- а) предметом спору є спільні права чи обов'язки кількох позивачів або відповідачів;
- б) права і обов'язки співучасників виникли з однієї підстави;
- в) предметом спору є однорідні права та обов'язки.

За Кодексом 1963 року суддя мав право постановити ухвалу про об'єднання в одне провадження кількох однорідних вимог за позовами одного й того самого позивача до того ж самого відповідача чи до різних відповідачів або за позовами різних позивачів до одного й того ж відповідача. Стаття 32 ЦПК, на мою думку, відкриває перед позивачами, предметом спору яких є однорідні права і обов'язки, можливість

¹⁸⁹Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 89 — 90.

подання таких однорідних вимог, сформулювавши їх в одній на всіх позовній заяві.

Кожен з учасників відносно іншої сторони виступає самостійно. Кожен із співучасників може мати свого представника або всі вони можуть доручити ведення справи одному із співучасників, якщо він має повну цивільну процесуальну дієздатність.

Правове становище учасників процесу має велике практичне значення. Від того, в якій якості виступають особи у судовій справі, залежить обсяг їхніх процесуальних прав, а також юридичні наслідки вирішення спору. За ст. 4 ЦПК 1964 р. усяка заінтересована особа вправі в порядку, встановленому законом, звернутись до суду за захистом порушеного або оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу. ЦПК 2004 р. визначився чіткіше: «Кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів». В. І. Тертишніков вказує, що «можливість особистого звернення залежить від наявності у того, хто звертається, цивільної процесуальної правоздатності та дієздатності»¹⁹⁰. «Відповідно до ст. 111 ЦПК права й охоронювані законом інтереси недієздатних громадян захищають їхні батьки, усиновителі, опікуни або піклувальники, які представляють у суд документи, що посвідчують їх повноваження (ухв. СКІС ВСУ від 10.01.79)»¹⁹¹.

На етапі відбору учасників процесу нерідко допускають помилки. Один із найпростіших випадків — коли спір йде про певне майно, яке перебуває на зберіганні в іншої особи. В таких випадках слід вирішувати питання про притягнення до участі у справі як власника майна, так і особу, на зберіганні якої майно перебуває.

Приклад. *Ф. звернувся з проханням до адвоката скласти позовну заяву і повідомив, що звернувся до підприємства з ремонту квартир. Але ремонт виконано неякісно. Не з'ясувавши подробиць, адвокат підготував заяву, де притягнув як відповідача підприємство М. Тільки у судовому засіданні з'ясувалося, що Ф. договору на ремонт з підприємством не укладав, а домовився з працівниками цього підприємства про ремонт у приватному порядку. За таких обставин підприємство не несе відповідальності за проведений*

¹⁹⁰ Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 7.

¹⁹¹ Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства / за ред. П. І. Шевчука. — К., 2002. — С. 387.

ремонт. Іронічний коментар судді про неякісну підготовку справи адвокатом не забарився.

Отже, в цивільному процесі адвокат починає аналіз із змісту спірного правовідношення, визначає предмет спору, з'ясовує обставини, через які виник спір, встановлює конкретних носіїв прав і обов'язків та виявляє їхній правовий інтерес. Учасники правовідносин і є сторонами, між якими вирішується цивільно-правовий спір.

Судовий процес відбувається за участю позивача і відповідача. Вони в повному обсязі користуються процесуальними правами. Саме на них поширюється чинність судового рішення. «Вони є головними учасниками позовного провадження»¹⁹². Позов може бути пред'явлений спільно кількома позивачами або до кількох відповідачів. Кожний із позивачів або відповідачів виступає у процесі самостійно. «Процесуальну співучасть розуміють як синхронність вимог кількох позивачів: вони не мають бути такими, що взаємно виключають один одного. Те саме стосується співвідповідачів. І ті, й інші, діючи самостійно, мають допомагати один одному, їхні інтереси не мають взаємно суперечити один одному. Можливо, доцільніше розуміти процесуальну співучасть ширше, без урахування того, що інтереси відповідачів або позивачів не суперечать один одному»¹⁹³.

Варто пам'ятати, що кожен із позивачів або відповідачів по відношенню до другої сторони виступає у процесі самостійно, що на практиці дає можливість адвокату продовжувати захист інтересів клієнта незалежно від позиції інших учасників процесу. «Видавництво пред'явило позов до А. і Б. про стягнення авансу за авторським договором на укладення підручника. На думку видавництва, рукопис було здано із запізненням строків на його виправлення, якість рукопису незадовільна. Автор А. у стадії підготовки справи до слухання під час опитування на прийомі в судді позов визнавав і погодився повернути аванс. Автор Б. обидві підстави відхилив. Адвокат, який представляв його інтереси, продовжував ведення справи. В результаті судового слідства було встановлено, що строки здачі рукопису після виправлення точно не було встановлено, а недоброякісність рукопису за відсутності недобросовісності автора не давала підстав для стяг-

¹⁹²Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 86.

¹⁹³Зейкан Я. П. Захист прав та інтересів в арбітражному суді. — К., 2001. — С. 20.

нення авансу. Суд відмовив у позові, а визнання позову автором А. не було прийнято судом»¹⁹⁴.

В. І. Тертишніков визначає співучасть як «обумовлену матеріальним правом множинність осіб на тій чи іншій стороні в цивільному процесі внаслідок наявності загального права або загального обов'язку»¹⁹⁵. Закон не встановлює підстав співучасті, тобто вимога наявності загального права або загального обов'язку не вимагається законом. На практиці це веде до певної плутанини, й адвокати не завжди враховують різницю між відповідачами та співучасниками. Слід виходити з таких правил: для обов'язкової співучасті потрібна наявність спільного права або спільного обов'язку суб'єктів спірного правовідношення, а для факультативної співучасті — однорідність вимог або заперечень.

«Обов'язкова співучасть можлива в тому разі, якщо характер спірного правовідношення такий, що питання про права і обов'язки одного із суб'єктів неможливо вирішити без притягнення до справи інших суб'єктів цього відношення»¹⁹⁶. Вдалим прикладом такої співучасті є пред'явлення вимог про виселення з державної квартири, яке неможливо вирішити без притягнення до справи всіх повнолітніх членів сім'ї.

В. І. Тертишніков наголошує, що слід відрізнити участь у справі другого відповідача та додаткового відповідача. Це буває тоді, коли суд за незгоди позивача на заміну неналежного відповідача (див. ст. 105 ЦПК 1964 р.) притягає належного відповідача. У цьому разі відповідачі не пов'язані загальним матеріально-правовим обов'язком. Особливим випадком є зв'язок відповідача з додатковим відповідачем — коли в неповнолітнього віком від 15 до 18 років немає майна чи заробітку, достатнього для відшкодування заподіяної шкоди. За цих обставин суд притягає батьків як додаткових відповідачів¹⁹⁷.

Є й інші ситуації. Наприклад, у випадках, коли без судового засідання важко або неможливо встановити, хто з відповідачів — перевізник чи відправник — винен у нестачі або пошкодженні вантажу. В результаті

¹⁹⁴ Ватман Д. П., Елизаров В. А. *Адвокат в гражданском процессе.* — М., 1969. — С. 51. Наведений приклад залишається вдалим і через кілька десятків років в умовах корінної зміни законодавства, він показує, наскільки логічною і незмінною є цивілістика, наскільки важливо адвокату, який має розроблену правову позицію, бути послідовним у її відстоюванні.

¹⁹⁵ Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 89.

¹⁹⁶ Там само. — С. 90.

¹⁹⁷ Там само.

аналізу обставин справи і представлених доказів винну сторону визначає суд. Отже, шкода може бути спричинена спільними діями відповідачів, і тоді суд може встановити солідарну відповідальність, або ж вина однієї особи виключає відповідальність другої особи, як у випадку з відправником і перевізником¹⁹⁸.

Приклад. *Подружжя Н. спільно володіли автомобілем. Дружина С., керуючи авто, зіткнулася з іншим автомобілем, яким керував З. За висновком спеціалістів, винним виявився З. Того ж дня, через годину після аварії, за кермо пересів чоловік Н., в якого врізалась автомашина Ш., якого також було визнано винним у ДТП. Страхова компанія В. виплатила подружжю Н. страхову винагороду й у порядку регресу звернулася до З. та Ш. У цьому випадку кожен з відповідачів ніс самостійну відповідальність, але суд погодився, що вимоги слід об'єднати, оскільки доцільно розглядати справу в такий спосіб, щоб чітко відділити ступінь пошкоджень, допущений кожним із заподіювачів шкоди¹⁹⁹. Позов було задоволено.*

ЗАМІНА НЕНАЛЕЖНОГО ВІДПОВІДАЧА

Суд має перевірити і встановити, чи відповідні сторони беруть участь у справі. Встановлення та підтвердження належного характеру сторін процесуалісти називають легітимацією²⁰⁰.

На позивачеві лежить обов'язок довести, що саме йому належить оспорюване право, а вказаний ним відповідач зобов'язаний виконати покладений на нього законом або договором обов'язок. Чинне законодавство не передбачає можливості заміни неналежного позивача. Україна відмовилась від заміни позивача вслід за Російською Федерацією. Якщо у процесі розгляду справи виявиться, що спірне право не належить позивачу, суд відмовить у задоволенні позову.

Питання встановлення належного відповідача є важливим передусім для позивача. Якщо судове рішення буде винесено стосовно неналежного відповідача, то позивач не зможе одержати потрібного правового результату, витратить час і кошти. Тому саме позивач насамперед зобов'язаний подбати, щоб відповідач був належним.

¹⁹⁸ Зейкан Я. П. *Захист прав та інтересів в арбітражному суді*. — К., 2001. — С. 20.

¹⁹⁹ *Справа з архіву автора, розглянута у Солом'янському районному суді м. Києва.*

²⁰⁰ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова*. — М., 2004. — С. 74.

За Кодексом 1963 року передбачалося, що у випадку незгоди позивача на заміну відповідача іншою особою суд може притягти цю особу як другого відповідача. Кодекс 2004 року називає цю особу співвідповідачем. Така назва є невдалою, оскільки у цьому випадку ці особи не мають спільного обов'язку. Навпаки, обов'язок належного відповідача виключає обов'язок неналежного, а отже, процесуальної співучасті не виникає. Природнішою була б назва «другий відповідач»²⁰¹. Якщо заміну проведено, слід мати на увазі, що всі дії заміненого незалежного відповідача до вступу належного відповідача не мають правового значення і не можуть бути використані судом під час ухвалення судового рішення²⁰². Згідно зі змінами, внесеними Законом України «Про судову устрій і статус суддів», суд замінює первісного відповідача або залучає до участі у справі іншу особу.

Приклад. Позивач С. пред'явив позов до Н. про визнання права власності на квартиру. У судовому засіданні заявив, що між ним і Н. укладено договір купівлі-продажу, але відповідач ухилиється від оформлення цього договору в нотаріальній конторі. Подав, крім договору, і розписку про сплату вартості квартири. В судовому засіданні Н. визнав позовні вимоги, а суд ухвалив рішення. Під час розгляду справи суд належно не перевірів, чи дійсно Н. є власником квартири, яку він продав. У результаті справжній власник, мимоволі якого було продано частину будинку, протягом тривалого часу не міг захистити своє право власності, оскільки квартиру швидко було перепродано і новий власник К. стверджував, що він є добросовісним набувачем. І хоча квартира була продана мимоволі справжнього власника (ст. 388 ЦК), суди надавали перевагу добросовісному набувачу.

Приклад. НПО «Верес» уклало договір з ТОВ «Нарцис» (всі назви умовні) про продаж трьох будиночків на фундаментах за 200 м від моря товариству «Нарцис». Будиночки належали фізичній особі Л. Договір купівлі-продажу було датовано груднем 2003 року, і тому цей правочин не вимагав нотаріального посвідчення. У 2006 році покупець ТОВ «Нарцис» звернувся до інвентар-бюро з проханням зареєстру-

²⁰¹ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 47; Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2008. — С. 73.

²⁰² Фурса С. Я., Фурса Є. І., Щербак С. В. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: Т. 1. — К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2006. — С. 154.

вати право власності на будиночки на підставі договору купівлі-продажу 2003 року. Інвентар-бюро відмовило в реєстрації. Тоді ТОВ «Нарцис» звернулося до господарського суду з вимогою зобов'язати інвентар-бюро провести реєстрацію права власності. Суд першої інстанції у задоволенні позову відмовив. Апеляційний суд за скарготою ТОВ «Нарцис» задовольнив вимоги, незважаючи на заперечення фізичної особи Л., яка була власником цієї нерухомості. При цьому суд послався на те, що покупець є добросовісним набувачем. Вищий господарський суд України залишив у силі рішення апеляційного суду, а Верховний Суд України не знайшов підстав для передання спору на вирішення Судової палати в цивільних справах Верховного Суду. Жоден із судів не бачив у цих діях ознак кримінального злочину (шахрайства).

Інтереси фізичної особи Л. вдалося захистити шляхом подання позову про визнання договору купівлі-продажу недійсним, після чого рішення господарського суду вдалося скасувати за нововиявленими обставинами²⁰³.

Приклад. Н. із паспортом померлої С. звернулася до нотаріуса і, видаючи себе за померлу, продала її хату гр-ну К. Спадкоємці із запитанням дізналися про цю оборудку. Відповідачами у справі була продавець Н., яка видавала себе за померлу, та покупець К. Позов було задоволено, оскільки (крім інших обставин) зі смертю особи припиняється її право і дієздатність²⁰⁴.

Н. мала на руках належно оформлену довіреність, видану К. Через місяць після смерті К. Н. звернулася до нотаріуса й уклала договір купівлі-продажу належного померлій будинку. Нотаріус не перевірів, чи особа, яка видала довіреність, жива²⁰⁵. Позивачами у цих справах були спадкоємці, а відповідачами — особи, які продали нерухомість, а також покупці, які захищалися посиланням на те, що вони є добросовісними набувачами (ст. 388 ЦК).

Коментар до справ. Саме у такий спосіб було здійснено в Україні чимало незаконних оборудок, оскільки суди здебільшого не перевіряли належним чином питання, чи мав продавець нерухомості право власності

²⁰³ З архіву автора. Номери справ і назви судів не наведено з етичних міркувань. В обох справах ніхто не ініціював перевірки з точки зору кримінального закону, хоча ознаки шахрайства мали місце. Адже продавці зазнали усвідомлювали, що вони не є власниками майна, яке продають.

²⁰⁴ Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. — К. : КНТ. — С. 144.

²⁰⁵ Там само. — С. 145.

на це майно, тобто чи мав він право на продажу цього майна. Покупець же потім відстоював свої права посиленням на те, що він є добросовісним набувачем. У двох останніх випадках стосовно осіб, які незаконно продали чуже майно, було порушено кримінальні справи. Отже, нотаріуси під час посвідчення правочинів мали б перевіряти через реєстр актів цивільного стану, чи жива особа, яка видала довіреність. Відповідні вимоги мали б бути передбачено і в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій.

ЦПК 1963 року містив правило, за яким позов пред'явлений не тією особою, якій належить право вимоги, або не до тієї особи, яка має відповідати за позовом, може за згодою позивача, не припиняючи справи, допустити заміну первісного позивача або відповідача належним позивачем або відповідачем. Якщо позивач не згоден на заміну його іншою особою, то ця особа може вступити в справу як третя особа, що заявляє самостійні вимоги на предмет спору. Якщо позивач не згоден на заміну відповідача іншою особою, суд може притягти цю особу як другого відповідача (ст. 105 ЦПК).

Пленум Верховного Суду України наголосив, що відмова в прийнятті заяви за мотивами пред'явлення позову неналежним позивачем або до неналежного відповідача недопустима (п. 2 постанови Пленуму від 21.12.1990 р. № 9 «Про практику застосування судами процесуального законодавства під час вирішення цивільних справ по першій інстанції»).

Аналогічну статтю нового ЦПК (33) змінено. Тепер питання про пред'явлення позову неналежним позивачем залишено поза увагою процесуального кодексу. Відтак, заміна позивача, як і третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги, недопустима. Отже, якщо буде встановлено, що позивач є неналежним, тобто він не має прав щодо предмета спору, то у задоволенні вимог суд йому відмовить.

Здавалося б, у питанні заміни відповідача не може бути проблем. Згідно зі ст. 33 ЦПК суд за клопотанням позивача замінює первісного відповідача належним відповідачем або залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача. У разі відсутності згоди на це позивача суд залучає до участі в справі іншу особу як співвідповідача. По суті, ст. 33 ЦПК допускає заміну відповідача з ініціативи суду. Це впливає з буквального тлумачення статті, з урахуванням використання законодавцем уповноважуючої конструкції («у разі відсутності згоди на це позивача суд залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача»). Такий підхід суперечить принципу диспозитивності. Однак траплялись випадки, коли суди використовували правила ст. 105 ЦПК 1963 р. для усунення з процесу певної особи під приводом неналежності відповідача.

Приклад. Ж., працівник рибінспекції, та кілька інших громадян, не знаходячись на роботі й не маючи жодного службового доручення, увійшли у склад, де С. поклав на зберігання куплену рибу, вилучили цей товар як безхазяйне майно, частину здали на реалізацію в магазин, а залишком розпорядилися на свій розсуд.

Суд, всупереч запереченням позивача, виключив Ж. з числа відповідачів за заявленим позовом, посилаючись на те, що за його дії має відповідати рибінспекція. В цьому випадку суд порушив вимоги ст. 105 ЦПК, яка давала йому право лише на те, щоб суд, вважаючи Ж. неналежним відповідачем, притягнув рибінспекцію другим відповідачем. За ст. 33 ЦПК 2003 р. суд може провести заміну первісного відповідача тільки за клопотанням позивача.

ТРЕТІ ОСОБИ

Юридичні відносини настільки різноманітні й складні, що трапляються випадки, коли судові рішення стосується прав та інтересів для осіб, які не були учасниками судової справи. Це «веде до виникнення нових спорів з ускладненою правовою позицією сторін і витрачанням надмірних процесуальних зусиль його учасників. Щоб за можливості не допустити таких ускладнень, закон залишає право за третіми особами змогу вступити у розпочатий процес, а за сторонами і судом — можливість притягнути їх до участі у справі»²⁰⁶. Під час підготовки справи до судового розгляду позивач або його адвокат має враховувати ці обставини та подавати відповідні клопотання. Зазвичай у разі подання позовної заяви у тексті вказують третю особу, її реквізити і те, на чій стороні вона притягається. Але цього може виявитися недостатньо для надто прискіпливого судді, тому в тексті заяви або окремо про притягнення третьою особи слід заявляти відповідне клопотання. Інститут третіх осіб традиційний для цивільного процесу. Треті особи беруть участь у цивільному судочинстві нарівні із сторонами.

Відповідно до ЦПК третіх осіб поділяють на два види: треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, і треті особи, які не заявляють самостійних вимог на предмет спору.

Третіх осіб відносять до тих, які беруть участь у справі через юридичну заінтересованість. Ступінь заінтересованості в осіб різна. Треті

²⁰⁶ Ватман Д. П., Елизаров В. А. Адвокат в гражданском процессе. — М., 1969. — С. 46.

особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета позову, мають високий ступінь заінтересованості, особистий інтерес і є учасниками спірного матеріального права.

ТРЕТІ ОСОБИ, ЯКІ ЗАЯВЛЯЮТЬ САМОСТІЙНІ ВИМОГИ ЩОДО ПРЕДМЕТА СПОРУ

ОЗНАКИ ТРЕТІХ ОСІБ, ЯКІ ВИСУВАЮТЬ САМОСТІЙНІ ВИМОГИ НА ПРЕДМЕТ СПОРУ, ТАКІ:

1. Вони заявляють свої вимоги до спору, що вже виник.
2. Вони завжди вступають у процес, що вже розпочався.
3. Інтереси таких третіх осіб суперечать інтересам обох сторін (як правило). Вимоги третьої особи із самостійними вимогами одночасно звернені як до позивача, так і до відповідача.

4. Треті особи, які вступають у процес із самостійними вимогами, діють добровільно і їх, як показано у правовій літературі, неможливо притягнути до участі у справі всупереч волі²⁰⁷.

5. Треті особи із самостійними вимогами вступають у процес шляхом подання позовної заяви, яка має відповідати вимогам ст. 118, 119, 120 ЦПК.

6. Частина 2 статті, що коментується, містить важливе правило, якого не було у ЦПК 1963 року, що за клопотанням третьої особи справа розглядається спочатку. Якщо таке клопотання заявлено, розгляд справи спочатку є обов'язковим. На мою думку, правильною є позиція судів, які в усіх випадках вступу до справи третьої особи із самостійними вимогами розпочинають справу спочатку, незалежно від того, чи заявлено про це клопотання.

Позовна заява третьої особи має відповідати загальним вимогам. У позовній заяві слід зазначити, що вона подається третьою особою, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору в іншій позовній заяві. Отже, там, де у звичайній позовній заяві пишеться «позивач», буде написано «третя особа, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору» та зазначено сторони у цій справі. Законом не передбачено обмеження кількості третіх осіб із самостійними вимогами²⁰⁸.

7. Участь третіх осіб у цивільному судочинстві є засобом процесуальної економії, бо дозволяє більш повно й усебічно дослідити всі

²⁰⁷ *Громадянський процес / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 81.*

²⁰⁸ *Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2008. — С. 132.*

обставини справи. Крім того, під час розгляду регресних позовів уже не треба знову встановлювати факти, які відображено у первісному позові. Участь третіх осіб із самостійними вимогами допомагає правильно та обґрунтовано вирішити спір між позивачем і відповідачем, встановити дійсні обставини справи та запобігає ухваленню судом суперечливих рішень²⁰⁹.

8. Треті особи, які заявляють самостійні вимоги, можуть вступити у процес до постановлення судом рішення і користуються всіма правами та несуть всі обов'язки позивача. Фактично такі особи можуть вступити у процес до виходу суду до нарадчої кімнати²¹⁰. Однак це положення похитнулося у зв'язку з неточністю правового регулювання, допущеною законодавцем. Якщо у ст. 34 ЦПК зазначено, що треті особи можуть вступити у справу до закінчення судового розгляду, то у ст. 125 ЦПК міститься колізійна норма, згідно з якою на позови третіх осіб із самостійними вимогами поширюються правила, які стосуються зустрічних позовів. Це призвело до різноголосся думок у правовій літературі. Одні автори наголошують, що з урахуванням ст. 125 ЦПК є підстави вважати, що вступити у справу із самостійними вимогами третя особа може до або під час попереднього слухання справи²¹¹. В. М. Кравчук та О. І. Угриновська наполягають на потребі у наявній колізії надавати перевагу прямій вказівці закону, викладеній у ч. 1 ст. 34 ЦПК²¹². Вважаю, що у цій ситуації саме така позиція є правильною (див. коментар до ст. 125 цього Кодексу). Нині проблему знято. Згідно з п. 15 постанови Пленуму від 12.06.2009 р. № 2 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства під час розгляду справ у суді першої інстанції» судам слід мати на увазі, що оскільки від належного вирішення питання про прийняття зустрічного позову, позову третьої особи із самостійними вимогами та об'єднання і роз'єднання позовів залежить своєчасний

²⁰⁹ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 75.

²¹⁰ Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 81.

²¹¹ Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К. : Атіка, 2008. — С. 76. У коментарі до ст. 125 автори уточнюють свою позицію та вважають, що перевагу слід надати п. 1 ст. 34 ЦПК.

²¹² Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Істина, 2006. — С. 291. У першому виході цього коментарю, зданого до друку ще до набрання чинності новим ЦПК, зверталася увага на потребу вирішення цієї колізії на користь ч. 1 ст. 34 ЦПК. Див.: Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К. : Юридична практика, 2005. — С. 215 — 216.

і правильний розгляд заявлених вимог, то ці процесуальні дії потрібно провадити відповідно до правил, встановлених статтями 123 — 126 ЦПК. Відповідач має право пред'явити зустрічний позов до або під час попереднього судового засідання (ч. 1 ст. 123 ЦПК), а треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, можуть вступити у справу шляхом пред'явлення позову до однієї чи обох сторін до закінчення судового розгляду (ч. 1 ст. 34 ЦПК).

Якщо у нарадчій кімнаті суд дійде висновку, що потрібно відновити судове слідство, то третя особа із самостійними вимогами може вступити в процес після такого відновлення слідства. Треті особи, які заявляють самостійні вимоги, можуть претендувати на весь предмет спору або на його частину. Таких осіб слід відрізнити від співпозивачів. Так, співпозивачі можуть разом подати позов. Їхні інтереси збігаються і протистоять інтересам відповідача. Задоволення вимог одного із співпозивачів не впливають на вирішення вимог інших співпозивачів. Задоволення вимог позивача, як правило, означає відмову в задоволенні вимог третьої особи із самостійними вимогами (часткову або повну).

У вирішенні питання про допуск до участі у справі третіх осіб із самостійними вимогами відчувається вплив законодавства Російської Федерації.

Підставою для вступу до участі у справі третіх осіб із самостійними вимогами (ст. 34 ЦПК) є самостійні вимоги щодо предмета спору, які заявляються для одночасного розгляду з первинним позовом. Такі особи можуть вступити в справу до постановлення судового рішення, подавши позов до однієї або до двох сторін. За процесуальним становищем такі особи нічим не відрізняються від позивачів, утім за їх участю досягається процесуальна економія. Участь таких осіб дозволяє уникнути винесення спірних і навіть взаємовиключних судових рішень. Підставою для участі третіх осіб із самостійними вимогами є домагання на предмет спору.

Адвокат має враховувати певні особливості цих прав. На практиці адвокати віддають перевагу пред'явленню вимог до обох сторін з мотивів перестраховання. Третя особа подає позовну заяву, яка має відповідати вимогам ст. 119, 120 ЦПК і сплачує державне мито (судовий збір) як і первісний позивач, але тільки за своєю вимогою. Наприклад, позовні вимоги третьої особи заявлені про витребування до частини речей, які заявлено у первісному позові, а, отже, судовий збір сплачується лише на цю частину вимог.

ТРЕТІ ОСОБИ, ЯКІ НЕ ЗАЯВЛЯЮТЬ САМОСТІЙНИХ ВИМОГ ЩОДО ПРЕДМЕТА СПОРУ

Підставою для участі у справі третіх осіб без самостійних вимог є юридичний інтерес, який, як правило, полягає у попередженні можливої в майбутньому регресної вимоги, тобто якщо рішення у справі може вплинути на їхні права і обов'язки щодо однієї зі сторін. У заявах про притягнення третіх осіб і в заявах третіх осіб про вступ у справу слід точно зазначати, на яких підставах цих осіб належить притягти або допустити в справу.

1. Треті особи, які не заявляють самостійних вимог, можуть вступити у спір на стороні позивача або відповідача, якщо рішення у справі може вплинути на їхні права або обов'язки щодо однієї зі сторін. Суд може залучити таких осіб до участі у справі за клопотанням сторін, інших осіб, які беруть участь у справі, або з ініціативи суду.

Отже, такі особи не є суб'єктами спірного правовідношення. Між особою, яка не заявляє самостійних вимог, і протилежною стороною немає матеріально-правових відносин. Підставою для участі у справі третьої сторони без самостійних вимог є юридична заінтересованість у справі, яка полягає в тому, що рішення суду впливає на права та обов'язки третьої особи. Це, як правило, можливість пред'явлення регресного позову. Винесення рішення по спору між позивачем і відповідачем за умови притягнення до участі у справі третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог стосовно предмета спору, має преюдиціальне значення.

2. Треті особи, які не заявляють самостійних вимог, виступають на боці позивача чи відповідача шляхом подання заяви або притягуються на підставі ухвали суду.

3. Вступ у справу третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог, на відміну від порядку, встановленого у Російській Федерації, не тягне за собою розгляду справи спочатку. Вважав би за доцільне передбачити таку можливість за клопотанням сторони. Треті особи, які не заявляють самостійних вимог, користуються правами і несуть обов'язки сторони, за винятком права на зміну підстави і предмета позову, збільшення або зменшення позовних вимог, а також права на відмову від позову, визнання позову, укладення мирової угоди, вимоги примусового виконання рішення, до них не може бути пред'явлено зустрічний позов.

4. Основною ознакою інституту третіх осіб у цивільному процесі є те, що вони вступают в уже розпочатий іншими учасниками процес. Щодо залучення або допуску до участі в справі третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог, суд постановляє ухвалу (ч. 6 ст. 36 ЦПК).

Ініціаторами залучення є особи, які беруть участь у справі, суд, самі треті особи. У ст. 119 ЦПК не йдеться про те, що позивач має зазначити в позовній заяві й про інших осіб, зокрема про третю особу, а лише про відповідача. Однак у ст. 120, 127 ЦПК передбачено, що позивач має додати до позовної заяви її копії та копії всіх доданих документів відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб. Суд після відкриття провадження у справі має направити третій особі копію позовної заяви. Лише на стадії провадження у справі до судового розгляду суд вирішує питання про склад осіб, які братимуть участь у справі (п. 2 ч. 6 ст. 130 ЦПК)²¹³.

Треті особи, які не заявляють самостійних вимог, виступають на стороні позивача або відповідача шляхом подання заяви або притягуються на підставі ухвали суду.

Вступ у справу третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог, на відміну від порядку, встановленого у Російській Федерації, не тягне за собою розгляду справи спочатку. Вважав би за доцільне передбачити таку можливість за клопотанням сторони. Треті особи, які не заявляють самостійних вимог, користуються правами і несуть обов'язки сторони, за винятком права на зміну підстави і предмета позову, збільшення або зменшення позовних вимог, а також права на відмову від позову, визнання позову, укладення мирової угоди, вимоги примусового виконання рішення, до них не може бути пред'явлено зустрічний позов.

Ініціаторами вступу в процес третьої особи може бути сама третя особа, а також сторони, особи, які беруть участь у справі, і суд. Оскарження ухвали суду про відмову у залученні до участі у справі третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог, не передбачено. Відсутність такої можливості уявляється помилковою і такою, що суперечить конституційному праву на судовий захист. Частина 1 ст. 36 ЦПК містить досить спірне, але обов'язкове правило про те, що сторона, в якій за рішенням суду виникне право заявити вимогу або до якої у такому випадку може заявити вимогу третя особа, зобов'язана повідомити суд про цю третю особу.

Позивач або відповідач можуть не знати про наявність таких третіх осіб, не знати місця їх перебування або знаходження. Крім того, сторони можуть бути зацікавлені в тому, щоб така третя особа не брала участі у справі, і з цих міркувань ухилятимуться від виконання такого обов'язку. Чітких, ясно виражених наслідків неповідомлення

²¹³ Балюк М. І., Луспенник Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 100 — 101.

про таку особу в ЦПК не вказано. Тому цей обов'язок слід вважати недоліком законодавчої техніки, оскільки на практиці це не виконуватиметься, крім випадків, коли сама сторона заінтересована в участі у справі третьої особи.

У заяві про залучення третьої особи має бути зазначено: ім'я (найменування) третьої особи, місце її проживання (перебування) або місцезнаходження та підстави, з яких її має бути залучено до участі у справі.

Частина 3 ст. 36 ЦПК містить певну неузгодженість із ч. 2 ст. 35. За правилом, встановленим ч. 2 ст. 35, третя особа без самостійних вимог може бути залучена за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, або з ініціативи суду. За змістом цієї норми участь третьої особи в такому випадку є обов'язковою. Слово «залучати» означає спонукати до чого-небудь, притягати до участі²¹⁴. Однак ч. 3 ст. 36 передбачає, що суд повідомляє третю особу, надсилає їй копію заяви про залучення третьої особи (чому не копію позовної заяви?) і питає її згоди на таку участь. Копія такої заяви надсилається також особам, які беруть участь у справі. Якщо від третьої особи не надійшло повідомлення про згоду на участь у справі, справа розглядається без неї.

ЦПК 1963 року передбачав можливість притягнення третіх осіб до участі у справі, тобто примусовий (обов'язковий для третьої сторони) порядок залучення до участі у справі. І це було правильно. Цього вимагають інтереси правосуддя.

Приклад. У справі про вчинення ДТП тролейбусом позов про відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю потерпілого, джерелом підвищеної небезпеки буде заявлений до трамвайно-тролейбусного управління, якому належить тролейбус. Третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог стосовно предмета спору, на стороні відповідача у процесі має брати участь водій тролейбуса, який здійснив наїзд на потерпілого. Участь такої третьої особи доцільна і з точки зору повноти дослідження справи. Зі змісту ст. 36 ЦПК 2004 р. можна дійти висновку, що у разі якщо від третьої особи не надійшло повідомлення про згоду на участь у справі, її вирішують без нього.

Тому запропонована ч. 3 ст. 36 ЦПК 2004 р. правова конструкція є дещо недоладною і потребує корекції. Можна було б чітко передбачити

²¹⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови. — К., 2001. — С. 309.

випадки добровільного вступу в процес третіх осіб без самостійних вимог і притягнення до участі у справі третьої особи у примусовому порядку (як це передбачено у ст. 333 ЦПК Франції²¹⁵). У статті не вказано, у який строк суд повідомляє третю особу без самостійних вимог про справу, відсутня і вказівка про те, протягом якого строку третя особа зобов'язана повідомити суд про свою згоду на участь у справі. Очевидно, що в цій ситуації суд має постановити ухвалу про повідомлення третьої особи про наявність заяви щодо її залучення до справи та вказати строк, протягом якого вона має повідомити про свою згоду на участь у справі.

Виникає дивна ситуація: у випадках, коли особа залучається до участі у справі з ініціативи суду (ч. 2 ст. 35 ЦПК), суд має питати у третьої особи згоди на її участь у процесі. Вважаю, що така постановка питання несумісна із поняттям правосуддя.

За будь-яких обставин це уповільнює вирішення справи по суті та негативно впливає на повноту судового розгляду. Якщо третя особа не брала участі у справі, то рішення суду з погляду теорії процесуального права не може мати преюдиціального характеру для особи, яка не брала участі у судовому засіданні, а тому не могла подати своїх заперечень. На жаль, чинний Кодекс відійшов від такої позиції, що створює труднощі в судовій практиці. Вважаю, що судова практика має піти шляхом вирішення колізії на користь того, що суд може притягнути третю особу до участі у справі, і ухвала суду з цього питання є обов'язковою для третьої особи, незалежно від її згоди. Водночас суд може допустити розгляд справи і без участі третьої особи, якщо вважає, що це не вплине на повноту судового розгляду.

У Російській Федерації (ст. 43 ЦПК РФ) чітко визначено, що треті особи, які не заявляють самостійних вимог, вступають у процес шляхом подання заяви або притягаються до участі у справі за ухвалою суду. Таке вирішення проблеми слід визнати чітким і правильним. Усяке необов'язкове ускладнення процесу негативно позначається на його учасниках.

Третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, може сама звернутись із заявою про свою участь, і це питання вирішується судом залежно від обставин справи. Якщо особи, які беруть участь у справі, заперечують проти залучення чи допуску третьої особи до участі у справі, це питання вирішується судом залежно від обставин справи.

Частина 6 ст. 36 ЦПК чітко розділяє два випадки: допуск або залучення до участі у справі. З цих питань суд постановляє ухвалу, в якій

²¹⁵ *Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции.* — К., 2004. — С. 97.

або задовольняє клопотання про допуск чи залучення до участі у справі, або відмовляє у задоволенні такої заяви.

Ухвала суду з цього питання не може бути оскаржена в окремому порядку (ст. 293), що, по суті, є порушенням права на судовий захист.

ЦПК 1963 р. містив ст. 109 ЦПК про участь третіх осіб у трудових спорах. Як третю особу на боці відповідача суд за своєю ініціативою притягав службову особу, за розпорядженням якої було проведено звільнення. Якщо особа була звільнена з явним порушенням трудового законодавства, суд повинен був покласти на неї обов'язок відшкодувати відповідачу збитки. Таким чином, суд обґрунтовував рішення начебто за регресним позовом на рішення за основною вимогою, яке ще не набрало чинності²¹⁶. ЦПК 2004 р. правильно відмовився від такої надуманої правової конструкції, за якою суд виконував роль позивача й одночасно вирішував справу.

Аналіз статей 120, 127 ЦПК вказує на те, що позивач ще до вирішення питання про відкриття провадження у справі має додати до позовної заяви її копії та копії всіх доданих документів відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб, а суд після відкриття провадження у справі має направити третій особі копію позовної заяви²¹⁷. На практиці залучення третіх осіб залишається болючим і невирішеним питанням. Очевидно, слід погодитись із суддями Верховного Суду України М. І. Балюком та Д. Д. Луспеніком, які наголосили: «вирішуючи питання про залучення до участі у справі або вступу в справу третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, суд має керуватися чіткими юридичними критеріями, які визначають умови такої участі, і цей критерій має вказувати на прямиий юридичний інтерес цієї особи щодо вирішення справи, наслідком якого є вплив на їхні права та обов'язки.

Зокрема, такими критеріями є:

1) обов'язкова наявність матеріально-правових відносин між третьою особою та однією зі сторін;

2) матеріально-правові відносини третьої особи й однієї зі сторін мають передбачати можливість спору про право цивільне між третьою особою й особою, на боці якої вона виступає»²¹⁸. На думку цих авторів, суд може постановити ухвалу про звільнення третьої особи від участі

²¹⁶Тертишніков В. І. *Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар.* — Х., 2002. — С. 98.

²¹⁷Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 101.

²¹⁸Там само.

у справі (за відсутності підстав для такої участі). Інакше залишення її учасником процесу і неповідомлення про дату судового засідання буде підставою для скасування рішення суду²¹⁹.

ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВОНАСТУПНИЦТВО

У терміні « правонаступництво » не цілком повно відображено його юридичний зміст, адже до правонаступника можуть перейти не лише права, а й обов'язки попереднього учасника правовідносин. Залучення до участі у справі правонаступника відповідної сторони або третьої особи можливе на будь-якій стадії цивільного процесу. «Новий суб'єкт права або обов'язку може сприймати права і обов'язки попередника повністю або частково. Залежно від цього розрізняють універсальне (повне) і сингулярне (часткове) правонаступництво. Універсальне правонаступництво настає у разі смерті громадянина і припинення юридичної особи, а сингулярне — у разі поступки вимоги, переведення боргу чи прийняття боргу на себе»²²⁰. Відмінність процесуального наступництва від заміни сторони полягає в тому, що із заміною неналежної сторони провадження розпочинається заново, а щодо правонаступництва — поновлюється. правонаступник продовжує брати участь у справі свого правопопередника.

Особливістю процесуального правонаступництва є і те, що воно можливе у будь-якій стадії процесу (тобто і в апеляційній, і в касаційній інстанції). Такою є пряма вказівка Кодексу.

Слід ураховувати, що у випадках, коли матеріальне правовідношення тісно пов'язане з особою суб'єкта, правонаступництва матеріального, а відтак і процесуального не може бути²²¹. Наприклад, до особи пред'явлено одразу два позови: стягнення боргу та встановлення батьківства. Після смерті особи правонаступництво за першою вимогою можливе.

Що стосується другої вимоги, то правонаступництво тут неможливе, оскільки батьківство стосується особи померлого. І хоча правонаступництва у цьому випадку немає, слід мати на увазі, що за заявою матері, опікуна, піклувальника, особи, яка утримує та виховує дитину, а також самої дитини, яка досягла повноліття, може бути встановлений факт батьківства за рішенням суду (ст. 128, 130 СК). Встановлення такого

²¹⁹ Там само. — С. 104.

²²⁰ Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. — Х., 2002. — С. 93.

²²¹ Там само. — С. 94.

факту батьківства проводиться у порядку окремого, а не позовного провадження²²² (ст. 256 ЦПК).

Правонаступництво у сфері матеріальних відносин зумовлює правонаступництво у сфері відносин процесуальних. Процесуальне правонаступництво — це перехід статусу позивача, відповідача, третьої особи до іншого суб'єкта.

Приклади

1) *К. є власником квартири. Його сусід Д. відгородив собі більшу частину спільного коридора. К. звернувся до суду з позовом про усунення перешкод у користуванні спільним майном. Невдовзі К. продав квартиру Ю. Ставши власником квартири, Ю. має право зайняти у судовому процесі місце попереднього власника як позивача.*

2) *Р. було звільнено з роботи, проте заборгованість із заробітної плати не була погашена. Р. звернувся за захистом до суду, але незабаром помер. Його дружина як член сім'ї має право «вступити» у справу як правонаступник.*

3) *В. звернувся до суду з позовом про визнання свого авторства щодо двох розділів книги, автором якої значився Т. Невдовзі В. помер. Чи може син стати правонаступником у цьому судовому процесі? Син позивача не може претендувати, звісно, на авторство батька. Але у разі визнання В. автором до сина перейдуть його майнові права, зокрема право на використання твору та право на гонорар. Окрім того, син, вступивши у справу, зможе продовжити захист честі свого батька як автора. У статті 54 Конституції України громадянам гарантується захист інтелектуальної власності, їхніх моральних та матеріальних інтересів. Саме цього і добиватиметься син автора²²³.*

Приклад. *Відповідач Ж. був належно повідомлений про день розгляду справи, але в суд не з'явився. Оскільки його неявка була повторною, суд задовольнив позов. Як з'ясувалося, напередодні Ж. помер. Його спадкоємець подала апеляційну скаргу, вважаючи порушеним своє право на захист.*

Рішення суду підлягало скасуванню²²⁴.

Слід мати на увазі, що у випадку ліквідації юридичної особи її ді-

²²²Ромовська З. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. — К., 2003. — С. 268.

²²³З. Ромовська, Н. Шумська, Н. Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 104.

²²⁴Там само. — С. 105.

яльність припиняється без переходу прав і обов'язків у порядку правонаступництва до інших осіб. Процесуальне правонаступництво можливе тільки тоді, коли процес у справі вже йде. Отже, процесуальне правонаступництво — це перехід процесуальних прав та обов'язків під час процесу від однієї особи (сторони у справі) до іншої особи, яка раніше не брала участі у справі.

У разі заміни сторони можлива тільки заміна відповідача, а щодо правонаступництва можливе правонаступництво як позивача, так і відповідача, а також третьої особи. Підставою для процесуального правонаступництва є перехід матеріальних прав та обов'язків від сторони та третіх осіб до других осіб протягом процесу. Процесуальне правонаступництво оформляють винесенням судової ухвали. На період до вступу в процес правонаступника суд призначає провадження у справі (ч. 1 п. 1, 2 ст. 201 ЦПК). Для правонаступника всі дії, вчинені у процесі до його вступу, обов'язкові тією мірою, в якій вони були обов'язковими для особи, яку правонаступник замінив.

У разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Якщо такий позов було пред'явлено, але під час розгляду справи позивач помер, слід виходити з такого.

Статтями 1218, 1219 ЦК передбачено, що до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві. Не входять до складу спадщини права та обов'язки, нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема: 1) особисті немайнові права; 2) право на участь у товариствах і право членства в об'єднаннях громадян, за винятками, встановленими законом або статутом; 3) право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом; 4) право на аліменти, пенсію тощо; 5) права та обов'язки особи як кредитора або боржника, передбачені ст. 608 цього Кодексу.

Переважне право купівлі частки у праві спільної сумісної власності за своєю природою є правом майновим²²⁵. У зв'язку з цим правонаступництво такого права може бути допущено.

Смерть фізичної особи — підприємця, який пред'явив позов, пов'язаний з його діяльністю, унеможливує подальше здійснення судочинства в ній стосовно цієї особи. Тому провадження у справі під-

²²⁵ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 103 — 104.

лягає закриттю з підстави, передбаченої п. 7 ст. 205 ЦПК²²⁶. На жаль, така позиція не вичерпує всіх проблем, пов'язаних із смертю фізичної особи — підприємця. Спірними та неоднозначними є і правові позиції Верховного Суду України щодо прав дружини на майно фізичної особи — підприємця. Після смерті фізичної особи — підприємця припиняються права, пов'язані з його правом здійснювати підприємницьку діяльність, утім залишається майно, яке підлягає спадкуванню, матеріально-правові вимоги до його боржників, які можуть бути реалізовані спадкоємцями, борги, які можуть бути пред'явлені до спадкоємців. Фізична особа — підприємець може мати у судах спори щодо визнання шлюбу недійсним тощо. Зрештою, фізична особа — підприємець не є юридичною особою, хоч і користується частиною прав, притаманних юридичній особі. Отже, смерть фізичної особи — підприємця не рівноцінна з ліквідацією юридичної особи (п. 7 ст. 205 ЦПК). Тому в кожному випадку слід оцінювати характер правовідносин, що склалися у процесі, і з'ясовувати, чи спірні права не перейшли до спадкоємців фізичної особи — підприємця.

²²⁶ Там само. — С. 106.

РОЗДІЛ V. СКЛАДАННЯ ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ

Позовне провадження — основний вид цивільного судочинства. Пред'явлення позову, як і звернення до суду із заявою у непозовних провадженнях, є складовою більш широкого конституційного права — права на звернення до суду за захистом.

Позовну заяву особа може подати суду лише у письмовій формі; ні звукозапису, ні відеозапису позовної заяви суд не приймає²²⁷.

Позовне провадження є універсальним за юридичною природою. Поняття позову є одним із найбільш спірних у правовій літературі, що зумовлено наявністю кількох концепцій природи позову.

«... у суд позов подав» — Левко Боровиковський²²⁸.

Канцелярит «пред'явлення» позову був започаткований ще законодавством Російської імперії. У Кодексі 1929 року домінували терміни «позов», «пред'явлення позову». Терміни «позовна заява» та «позовна вимога» не були вжиті в ньому жодного разу. Частина 1 статті 118 ЦПК є прикладом мовних викрутасів. «Позов пред'являється шляхом подання позовної заяви» — воістину мовний «винахід». Слово «пред'явити» означає показати якийсь документ, висунути претензію; продемонструвати щось, виставити напоказ.

А замість «в порядку черговості» треба було написати «згідно з чергою». У цьому Кодексі продовжено жонгливання термінами «позов», «позовна заява». Є у ньому і слова «позовна вимога» (тобто масло масляне, оскільки позов — це і є вимога), і «заява» (у розумінні позовної заяви). Структурним елементом позовної заяви є викладення суті (змісту) позову, тобто суті вимоги. Позову без позовної заяви не буває, як і надіслану суду заяву без конкретної вимоги не можна вважати позовною. З цих міркувань позов (вимога) і позовна заява — органічно переплетені поняття: позов — це вимога, тобто основний структурний елемент позовної заяви як процесуального документа. Науковці, не зашорені термінологічною канцелярщиною, неодмінно

²²⁷ *Забутим зараз є слово «супліка», тобто письмова просьба. Відповідно, слово «суплікувати» означало просити, а суплікатор — той, хто просить. «Тепер тебе я суплікую мою уважить долю злую», — Іван Котляревський. Див. Борис Грінченко. Словарь української мови. — К., 1997. — Т. 4. — С. 230. У давній українській мові вживалося й слово «надригайло» — той, хто складав письмове прохання. «Надригали прошеніє» (Віктор Забіла).*

²²⁸ *Левко Іванович Боровиковський (1806-1889) — український поет, етнограф. Його син Олександр (1844-1905) закінчив Харківський університет, працював адвокатом, був названий «корифеєм русской адвокатуры первого призыва».*

«полегшили» б термінологію, вивільнивши її, зокрема, від канцеляриту «пред'явлення позову». Слова «подання позовної заяви» мали б стати мовним стандартом, замінивши собою те, що невластиве українській мові.

Таке полегшення, найперше, торкнулося б назви цієї глави, в якій визначено передумови та процедуру відкриття провадження у справі. У перекладі з канцеляриту зрозумілою українською це означає — відкриття справи. Тому глава мала б мати саме таку назву: «Відкриття справи». Відповідно, стаття 118 ЦПК мала б мати таку ж просту, чітку і зрозумілу назву: «Подання позовної заяви». Оскільки основним фігурантом на цій стадії судового процесу є позивач, частину 1 слід було б викласти інакше: «Позивач подає позовну заяву суду першої інстанції». Саме — суду, а не «до суду» чи «в суд». Не може залишити байдужим й інформація про те, що у суді позовна заява «реєструється, оформлюється і передається...», наче все це вона може зробити сама. Процедура реєстрації і оформлення позовної заяви має бути визначена в інструкції по діловодству²²⁹.

Позов у процесуальному сенсі — звернення в суд першої інстанції з вимогою про захист своїх прав та інтересів, тобто як засобу відкриття цивільного процесу. *Позов у матеріальному сенсі* — право на задоволення своїх позовних вимог. У цьому аспекті поняття позову вживається у розумінні здатності володільця матеріального суб'єктивного права до примусового його здійснення через суд. З цим нерозривно пов'язаний і пропуск позовної давності, що тягне за собою втрату права на позов у матеріально-правовому сенсі.

Актуальним є з'ясування таких елементів позову, як предмет позову, підстава позову (у деяких випадках можна говорити про зміст позову). Елементи позову є головним критерієм у визначенні тотожності позовів. Якщо не збігаються сторони, предмет або підстава позову (наприклад, з'являються нові юридичні факти у підставі позову), то неможливо говорити про тотожність позовів, і позивач може знову звернутися до суду з вимогами. «Предмет і підстава позову визначають межі предмета доказування, межі судового розгляду»²³⁰.

Предмет позову — вимоги позивача до відповідача, наприклад, про визнання права на майно, поновлення на роботі, відшкодування шкоди тощо.

²²⁹ Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз. — К. : ВД «Дакор», 2014. — С. 215 — 216.

²³⁰ Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 262.

Предметом позову є та його частина, яка характеризує матеріально-правову вимогу позивача до відповідача, щодо якої він просить ухвалити судове рішення (зміст позовних вимог — п. 3 ч. 2 ст. 119 ЦПК України)²³¹.

Слід розрізняти предмет позову і об'єкт позову, щодо якого заявляється позов. Щодо об'єкта спору можуть бути заявлені різні позови. Наприклад, стосовно житлового будинку або квартири можуть бути заявлені позови: про визнання права власності на будинок, про вселення до будинку (квартири), про усунення перешкод у користуванні будинком, про вилучення будинку (квартири) з опису, про перехід прав покупця будинку на співвласника тощо.

Право визначення предмета позову належить позивачу, який сам обирає спосіб захисту свого права.

Чи може вимога позивача бути альтернативною (або-або), чи факультативною (якщо не одне — то інше)? Писати так не прийнято. Утім диспозитивність у здійсненні своїх матеріальних і процесуальних прав дає підставу для ствердної відповіді.²³²

На практиці суддям буває важко визначити предмет позову, оскільки нерідко він викладається позивачами не досить чітко і прозоро. Звична картина: суддя по кілька разів перепитує позивача: «Що ви хочете від суду?» Це наслідок недостатньо кваліфікованої підготовки позовної заяви. Але суд не вправі коригувати позицію позивача. Між іншим, правильне визначення предмета позову визначає майбутнє виконання судового акта, оскільки обмежено сформульовані вимоги позивача у подальшому не дозволять його примусово виконати.

Наприклад, позивач пред'явив позов тільки з вимогою про визнання правочину недійсним, не заявляючи вимог, пов'язаних з правовими наслідками задоволення позову судом. Суд винесе рішення про визнання правочину недійсним, але для того щоб настали наслідки недійсності правочину, у рішенні суду, відповідно до вимог позивача, мають бути визначені й подальші дії — повернення майна, грошових коштів, вчинення інших певних дій сторонами правочину, до яких відповідач може бути примушений судом. Без цього позов буде неповноцінним. Тільки тоді позивач зможе вимагати виконання судового рішення у виконавчому провадженні. Якщо ж рішення суду буде ви-

²³¹ Штефан М. Й. *Цивільне процесуальне право України. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 323.

²³² Зорислава Ромовська, Наталія Шумська, Надія Шумська. *Цивільний процесуальний кодекс. Науково-практичний аналіз.* — К.: ВД «Дакор», 2014. — С. 222.

несено тільки стосовно заявленої вимоги, наприклад, про визнання правочину недійсним, то примусове виконання такого рішення буде неможливим²³³.

Під *підставою позову* розуміють обставини, з яких випливає право вимоги позивача і якими позивач їх обґрунтовує. Отже, підставу позову становлять обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги (п. 5 ч. 2 ст. 119 ЦПК України): юридичні факти матеріально-правового характеру, що визначаються нормами матеріального права, які врегульовують спірні правовідносини, їх виникнення, зміну, припинення²³⁴.

Таким чином, позивач має не просто навести обставини, а вказати на юридичні факти, тобто такі, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин. Як правило, певне суб'єктивне право ґрунтується не на одному юридичному факті, а на їх сукупності, тобто у підставі позову має міститися певний фактичний склад. Тому говорять про фактичні підстави та юридичні (правові) підстави позову. Отже, в цьому контексті фактична підстава позову — це сукупність юридичних фактів, а юридична (правова) — вказівка на конкретну норму права, на якій ґрунтується вимога позивача. Саме так підходять до цієї проблеми практичні працівники — адвокати, юрисконсультанти.

Серед процесуалістів підтримано думку, що позов має не лише фактичну, а й правову основу. Ця позиція узгоджується з підходами до справи адвокатів. Обґрунтовується це тим, що юридичні факти, які складають підставу позову, визначаються нормами цивільного й інших галузей права²³⁵. Але ЦПК не зобов'язує позивача підтверджувати наявність суб'єктивного цивільного права вказівкою на закон (ст. 119 ЦПК). Такий підхід не означає, що вказівка на конкретну норму права, на якій ґрунтується вимога, є помилкою. Навпаки, і для прокурора, і для адвоката посилання на норму закону в позовній заяві є бажаним і потрібним.

Процесуалісти виділяють активну підставу — тобто обставини, які підтверджують, що спірне право належить позивачу, а на відповідача

²³³ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова. — М., 2004. — С. 258.*

²³⁴ *Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 324.*

²³⁵ *Гурвич М. А. Учение об иске. — М., 1981. — С. 6; Добровольський А. А., Ивановна С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. — М., 1979. — С. 128; Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права. — Томск, 1990. — С. 20; Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 326.*

покладено певні обов'язки, а також пасивну підставу — факти, які свідчать, що відповідач виконав дії, спрямовані на заперечення права позивача або утвердження за собою права, яке йому не належить²³⁶.

Адвокат, який готує позовну заяву, має подбати як про виклад юридичних фактів, так і вказати ті норми закону, на яких ґрунтуються вимоги. І якщо позивач не наводить або не в змозі навести правові підстави позову, то він ускладнює роботу суду, а також захист своїх прав, оскільки стає незрозумілим, чого хоче домогтися позивач.

На практиці в такій ситуації суд витрачає додаткові зусилля і час, вимагає письмово уточнити свої вимоги, щоб продертися через неясну і недостатньо зрозумілу позицію позивача²³⁷.

Частина процесуалістів (зокрема, М. А. Гурвич, А. Ф. Клейнман) виділяє і третій елемент позову — зміст позову, тобто вид (спосіб) судового захисту, якого просить позивач, — визнання, присудження, припинення або зміну правовідносин, витребування майна з чужого незаконного володіння. Слід зауважити, що предмет позову містить вимогу позивача про присудження, визнання права тощо. У ст. 119 ЦПК вимагається вказувати у позовній заяві зміст позовних вимог. Тому в Україні, попри різні позиції процесуалістів, потрібно вказувати на зміст позовних вимог.

«Змістом позову є звернена до суду вимога позивача про здійснення судом певних дій із зазначенням способу судового захисту»²³⁸.

Наприклад, у позові про виселення за неможливістю спільного проживання предметом позову є спірні правовідносини — право дострокового припинення договору житлового найму; підставою позову — факти неправильної поведінки позивача, що створюють неможливість спільного проживання; змістом — вимога про ухвалення рішення щодо виселення відповідача²³⁹. Саме за змістом провадиться класифікація позовів.

За способом процесуального захисту позови поділяються на: позови про присудження (виконавчі); визнання (установчі); перетворювальні (про конститутивне рішення).

Позови про присудження спрямовані на поновлення порушеного

²³⁶ Штефан М. Й. *Цивільне процесуальне право України. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 324.

²³⁷ *Гражданский процесс / под ред. В. Яркова.* — М., 2004. — С. 260.

²³⁸ Штефан М. Й. *Цивільне процесуальне право України. Академічний курс.* — К., 2005. — С. 324.

²³⁹ Там само.

права й усунення наслідків правопорушення (про стягнення аліментів, відшкодування збитків).

Позови про визнання спрямовуються на усунення спору між сторонами шляхом внесення ясності в існуючі між ними правовідносини. Суд своїм рішенням визнає право власності, авторство, законність і дійсність укладеного договору.

Щодо спорів перетворювальних, спрямованих на зміну або припинення правовідносин (виділення частки зі спільного майна, припинення договору найму житлового приміщення тощо), то в літературі немає єдиної думки. Позови, які називають перетворювальними, можуть бути віднесені до позовів про визнання або присудження. Питання це теоретичне і для практики не має значення²⁴⁰.

Отже, форма і зміст позовної заяви визначені законом і у зв'язку з цим набувають юридичного значення. Під час складання заяви цих вимог закону слід дотримуватись. Чіткий виклад підстав позову дозволяє суду визначити суть спору і вирішити питання про те, в якому напрямі належить здійснювати підготовку справи. Особливе значення має прохальний пункт справи, який може бути сприйнятий судом у резолютивній частині рішення. Формулюючи цю частину позовної заяви, слід ураховувати матеріально-правові наслідки, які позивач бажає одержати у результаті розгляду справи.

Позов подається до суду першої інстанції, де позовна заява реєструється, оформлюється і передається судді в порядку черговості. На практиці позовну заяву здають безпосередньо на прийомі у судді або іншої уповноваженої особи або ж надсилають рекомендованим листом з повідомленням поштою.

Позовна заява подається безпосередньо до суду або надсилається рекомендованим листом з повідомленням до суду. Порядок подання позовної заяви належним чином не регламентовано. При врученні позовної заяви судді на особистому прийомі позивачу або його представнику потрібно виготовити її копію, на якій суддя або інша посадова особа має зробити відмітку про прийняття заяви або поставити відповідний вхідний штамп і дату. У Верховному Суді України на руки видають довідку про одержання процесуального документа. Позовну заяву подають особисто. Якщо заяву подає представник, то він повинен мати відповідну довіреність. Було б доцільно встановити такий самий по-

²⁴⁰Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 329.

рядок прийняття процесуальних документів, як у Верховному Суді України, у всіх судах.

Таким чином, ст. 119 ЦПК містить загальні вимоги до позовної заяви, яка подається в письмовій формі до суду за належною підсудністю. У позовній заяві мають міститись визначені законом реквізити. При зазначенні найменування суду вказується його повна назва, наприклад: До Печерського районного суду у місті Києві; до Хустського районного суду в Закарпатській області, адресу суду у позовній заяві вказувати необов'язково. Але за традицією адвокати зазначають адресу суду. У заяві вказують повне ім'я (прізвище, ім'я, по батькові) позивача та відповідача. Для юридичної особи — повну назву: Товариство з обмеженою відповідальністю «ТИСА». Якщо позовна заява подається представником, то вказують повне ім'я представника. У заяві також вказують місце проживання фізичних осіб (позивача і відповідача) або місцезнаходження юридичних осіб, поштовий індекс і номер засобів зв'язку, якщо такий відомий. Хоча ст. 119 ЦПК не передбачає такої вимоги, проте у позовній заяві доцільно вказати ідентифікаційні номери (якщо вони відомі) позивача та відповідача, що полегшує роботу виконавчої служби. У господарських судах подання у заяві ідентифікаційних номерів, або кодів, є обов'язковим (п. 2 ст. 54 ГПК). У поданні змісту позовних вимог вказують, наприклад: позовна заява про стягнення заборгованості, позовна заява про визнання правочину недійсним тощо. В обов'язковому порядку вказується ціна позову щодо вимог майнового характеру.

Позивач наводить також обставини, якими обґрунтовує свої вимоги, та вказує, у чому полягає порушення або загроза порушенню прав, свобод, законних інтересів позивача та його вимоги.

Пункт 6 ч. 2 ст. 119 викладено у новій редакції, істотно відмінній порівняно з ЦПК 1963 року. У заяві слід зазначити докази, що підтверджують кожен обставину або наявність підстав для звільнення від доказування. Тому під час оформлення позовної заяви доцільно подати певний доказ та вказати, яку або які обставини він підтверджує. Це дещо збільшує обсяг позовної заяви, втім вносить визначеність і прозорість у її виклад і полегшує з'ясування обставин, якими обґрунтовується позов.

У господарських судах передбачено певні вимоги до оформлення позовних матеріалів: формування теки, яка прошивається, складання документів відповідно до переліку, копії документів подаються належним чином засвідчені. В аналогічному порядку доцільно оформляти і позовну заяву з матеріалами у відповідні районні суди.

У ст. 119 Кодексу немає спеціальної вказівки про законодавство, на підставі якого подається позов. Проте, викладаючи обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, адвокат, прокурор зазначають і законодавство, на підставі якого подається позов. Наприклад, вимога про зазначення законодавства, на підставі якого подається позов, є обов'язковою у господарському процесі. Мабуть, різний підхід у двох процесуальних кодексах не виправданий. Порівнюючи процесуальний кодекс з Кодексом адміністративного судочинства, можна помітити однаковість підходів у цьому питанні у нових кодексах. Отже, це продумана позиція. Витоки такого підходу йдуть з Римського права, де стверджувалось, що суд знає право. Іноді адвокати використовують цю обставину як тактичний прийом, щоб закамуфлювати дійсні наміри щодо подання позову.

Наприклад, справжньою метою позову може бути встановлення певного факту, а не те, що фактично просить позивач.

Приклад. *Сільськогосподарське товариство Агрокомбінат Х. звернулося до суду в м. Львові щодо стягнення з відповідача заборгованості, яка виникла на підставі договору про відступлення права вимоги за договором оренди земельної ділянки. Позивач обґрунтував свої вимоги тим, що відповідно до умов договору відступлення права вимоги відповідач не пізніше трьох днів з моменту його укладення мав сплатити позивачу 150 грн. за відступлене право, однак своє зобов'язання не виконав. Відповідач звернувся із зустрічним позовом про визнання недійсним договору відступлення права вимоги від 17 січня 2005 р., мотивуючи свої позовні вимоги тим, що позивач не є правонаступником КСП Агрокомбінату Н., що уклало договір оренди земельної ділянки, оскільки рішення про реорганізацію колективного сільськогосподарського підприємства шляхом перетворення на товариство є незаконним, у зв'язку з чим позивач не мав права укладати договір відступлення права вимоги. Два висококваліфіковані адвокати кілька разів приїжджали з Києва до Львова у судові засідання за цими 150 гривнами. Справжньою метою було визнання судом, що позивач є правонаступником КСП Агрокомбінату Н. Після цього було проведено низку успішних процесів у господарських судах щодо спірних земельних ділянок. Визнання позивача правонаступником було використано для позитивних рішень судів, включаючи Вищий господарський суд України.*

Верховний Суд України не випадково звертає увагу судів на те, що «під підставами позову, які згідно зі ст. 103 ЦПК може змінити лише позивач, слід розуміти відповідно до ст. 137 ЦПК обставини, якими

обґрунтовуються позовні вимоги, а не самі посилання позивача на певну норму закону, яку суд може замінити, якщо її дія не поширюється на дані правовідносини»²⁴¹.

Суддя має визначитися з підставами позову та з'ясувати правову позицію позивача. Це його обов'язок. Саме на цьому етапі починає формуватися погляд судді щодо майбутнього рішення. Звичайно, остаточно думка судді формується в рішення суду в нарадчій кімнаті.

Спеціалісти права, даючи рекомендації для адвокатів, виходять з позиції, що справу вирішує суддя ідеальний, неупереджений і не zaangażований. Насправді таких ідеальних суддів не буває. Тому адвокат має навчитись протистояти у процесі навіть у ситуації, коли суддя діє упереджено. І найголовніша зброя в цьому випадку — докази. Належно посвідчені письмові документи, експертизи, підготовлені адвокатом свідки²⁴², продумана разом з клієнтом лінія поведінки в суді — все це дає надію і сподівання на успіх.

Таким чином, первинними є обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги і які суд не вправі змінити. Що ж до норми права, на яку посилається позивач, то у випадку неточності суд може і сам виправити цю помилку, незалежно від згоди на це сторони.

Звідси важливий висновок: у позові не може бути відмовлено лише на тій підставі, що позивач допустив помилку у визначенні норми, якою слід керуватися під час вирішення спору. Професійна етика прокурора, юрисконсульта, адвоката зобов'язує їх вказувати у заяві норми закону, якими під час вирішення спору, на їхню думку, слід керуватися.

Якщо позовну заяву складає позивач, який не користується правовою допомогою, то він, не вказуючи норми закону, яка регулює спірні правовідносини, має чітко викласти обставини, якими обґрунтовує позов, а завдання суду — дати правову оцінку цим обставинам. Оскільки ст. 119 ЦПК не вимагає посилання на норму закону, яка є правовою підставою вимог, то це означає, що суд не може вимагати вказівки від позивача на норму закону, яка, на його думку, підлягає застосуванню.

Разом з тим у ст. 119 ЦПК України міститься вимога про виклад

²⁴¹ *Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства / за заг. ред. заступника голови Верховного Суду України П. І. Шевчука. — К., 2002. — С. 246.*

²⁴² *Свідки як у цивільному, так і в кримінальному процесі за можливості мають бути підготовлені адвокатом. Було би злочином націлювати свідка на надання неправдивих показів або на ухиляння від давання пояснень. Але зорієнтувати свідка, який, можливо, вперше в житті переступає поріг суду, на те, що його чекає в суді, потрібно. І навіть провести репетицію допиту.*

обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. Можна припустити, що, викладаючи обставини, якими обґрунтовуються вимоги, потрібно вказувати і правову кваліфікацію спірних правовідносин, а отже, зіслатися на закони або інші нормативно-правові акти.

Верховний Суд України не випадково звертає увагу судів на те, що «під підставами позову, які згідно зі ст. 103 ЦПК 1963 р. може змінити лише позивач, слід розуміти відповідно до ст. 137 ЦПК 1963 р. обставини, якими обґрунтовуються позовні вимоги, а не самі по собі посилання позивача на певну норму закону, яку суд може замінити, якщо її дія не поширюється на дані правовідносини»²⁴³. Очевидно, що це роз'яснення Верховного Суду України залишається актуальним і для ст. 119 ЦПК 2004 р.

Приклад. *Б. подала позов про визнання недійсним договору купівлі-продажу 1/4 частини квартири, а також про визнання недійсним свідоцтва про право власності на 1/2 квартири у спільній сумісній власності подружжя. Справа слухалась 26 вересня 2005 р. Позивачка у заяві посилалась на те, що квартиру вона купила на особисті заощадження, що її обманув нотаріус, оформлюючи права власності на 1/2 частину квартири чоловікові, що вона давала згоду на купівлю-продаж 1/4 частини квартири від належної їй 1/2 частини, а не від цілої квартири. Просила визнати недійсними ці документи.*

У судовому засіданні, даючи пояснення, Б. спростувала свій позов і заявила, що визнає факт належності 1/2 квартири у спільній сумісній власності її чоловіку, оскільки квартира нею нажита з чоловіком і куплена через 6 років після укладення шлюбу. Просила визнати недійсним договір купівлі-продажу 1/4 частини квартири чоловіку, оскільки не розуміла значення своїх дій. У адвоката Б. запитань до неї не було. Після цього суд протягом двох годин допитував Б., ставлячи навідні запитання, що викликало у представника відповідача певні підозри щодо об'єктивності суду. Б. давала пояснення як позивач і не допитувалась як свідок. Оскільки Б. кілька разів змінювала свої пояснення, суд слухання справи відклав і поклав на відповідача обов'язок представити додаткові докази: свідоцтво про право власності на квартиру, докази, що свідоцтво зареєстроване у встановленому порядку, довідку бюро технічної інвентаризації.

У зв'язку з підозрами щодо однобічності суду представник відповідача подав ґрунтовні письмові пояснення та витребувані судом

²⁴³Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства / за заг. ред. заступника голови Верховного Суду України П. І. Шевчука. — К., 2002. — С. 246.

додаткові докази, з вказівкою про те, які обставини підтверджує кожен із наданих доказів. Було також заявлено клопотання про додатковий допит позивачки та проведення звукозапису. В цій ситуації адвокат, який представляв по довіреності інтереси відповідача, визнав за потрібне проведення звукозапису. Разом з тим у поясненнях і клопотаннях про приєднання доказів не було жодного натяку на необ'єктивність суду.

Адвокат відповідача в цій ситуації діяв правильно. Підозри ґрунтувалися лише на припущенні, незаперечних доказів упередженості суду не було, а навідні запитання могли бути випадковими. Таким чином, підстав для відводу не було. Разом з тим суддя зрозумів дії адвоката, який підтвердив надані докази ґрунтовними письмовими поясненнями, і ухвалив законне рішення про відмову у задоволенні позовних вимог²⁴⁴.

У позовній заяві наводять перелік документів, що додаються до заяви. У переліку вказують повну назву документа. Наприклад, «Платіжне доручення № 17 на суму 70 тис. грн. від 10 серпня 2004 року», «Товарно-транспортна накладна № 000332 від 12 лютого 2003 року», «Договір оренди нежитлового приміщення № 07 від 20 травня 2002 року». В американській практиці кожному доказу присвоюють певний номер. Наприклад, у наведеному випадку це могло б бути викладено так: доказ № 1 — наказ про звільнення з роботи; доказ № 2 — наказ про прийняття на роботу тощо. Така нумерація могла би бути доцільною і в українській практиці, якщо справа багатоепізодна і містить численні докази (накази, рішення, накладні, довідки, акти тощо).

Позовна заява підписується позивачем або його представником із зазначенням дати подання. Дата є важливим реквізитом заяви, а тому її потрібно вказувати точно і обов'язково. У судовій практиці траплялись випадки, коли суддя постановляв ухвалу про усунення недоліків, які полягали в тому, що у позовній заяві була відсутня дата. У цьому випадку формалізм суду є виправданим. Позовна заява має відповідати вимогам закону, й у цьому питанні немає дрібниць.

До позовної заяви додаються документи (в оригіналі), що підтверджують сплату судового збору. Якщо заява подається адвокатом або іншою особою, які виступають як представники, до позовної заяви додається довіреність чи інший документ (договір), що підтверджує його повноваження. Якщо поданню позовної заяви передувало звернення про за-

²⁴⁴З архіву автора.

безпечення доказів або позову, позовна заява має містити відомості про забезпечення доказів або позову.

Якщо позивач звільнений від сплати судового збору, то на цю обставину він має вказати у позовній заяві з посиланням на конкретну норму закону, що надає таку пільгу.

Під час підготовки позовної заяви адвокат має організувати роботу так, щоб максимально полегшити роботу суду. Суд обов'язково ці старання оцінить.

Заслугове на увагу і надання копій документів, позовної заяви не тільки у письмовому вигляді, а й на електронних носіях, що полегшило б роботу суддів у виготовленні рішень. І хоча законом надання копії позовної заяви на електронних носіях не передбачено, ця пропозиція заслугове на увагу. Такі дії не є порушенням процесу, але друга сторона повинна мати право на ознайомлення із змістом поданої електронної копії документа. На практиці такі дії, передусім у господарських судах, є поширеними, й у цьому немає нічого негативного. По суті, це є фактичною процесуальною діяльністю, яка полегшує роботу суддів з написання рішень, ухвал, постанов. Офіційного визнання така практика з боку Верховного Суду поки що не одержала, втім це питання часу. Було б правильним і розумним увести таке правило безпосередньо до тексту ЦПК, однак законодавець, а точніше, автори проекту ЦПК на це не наважилися.

Зіставлення та порівняння ст. 120 та 131 ЦПК дає підстави для висновку, що позовна заява може бути подана тільки з тими документами, подання яких обов'язкове: про сплату судового збору, а також довіреності чи іншого документа, що підтверджує повноваження представника. Відповідно до ст. 121 ЦПК суддя залишає заяву без руху тільки у випадках, якщо не сплачено судовий збір, або якщо заява за формою і змістом не відповідає вимогам ст. 119, 120 ЦПК. Якщо ж узяти до уваги і ст. 82 ЦПК, позивач може подати клопотання про відстрочення або розстрочення сплати судового збору. У цьому разі позовна заява може бути подана і без сплати судового збору. Суд буде змушений або задовольнити питання про відстрочення виплат судового збору, або відмовити та надати строк для його оплати.

До змісту позовної заяви входять обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, та докази, якими підтверджуються викладені обставини.

Неможливо точно визначити, як формується внутрішнє переконання судді. Як правило, суддя шукає найпростішого виходу з правової ситуації. Тому дуже важливими є пояснення сторін, де суддя для себе визначає напрям судового слідства, а нерідко й особисті симпатії й антипатії до тієї

чи іншої сторони. І не треба звинувачувати суддю в упередженості. Це трапляється поза його бажанням — за законами психології.

Навіть досвідчений суддя, допитуючи позивача, який не дуже ясно уявляє вироблену правову позицію, мимоволі може перевести стрілки справи у зовсім інший бік і вивести з-під удару певну особу або організацію. Таким чином, судді знають, що підставу позову визначає позивач, але шляхом допиту можуть дезорієнтувати його і спрямувати у зовсім іншому напрямі. Адвокати мають знати це і бути готовими до такого повороту подій. Для цього потрібно завчасно переговорити зі своїм клієнтом, знову визначаючись з підставами позову. До позовної заяви додають клопотання про виклик у суд свідків, забезпечення доказів та позову тощо. Якщо справа складна або адвокат має намір точно слідувати вимогам ст. 119 ЦПК, він може поділити позовну заяву на підрозділи за реквізитами, які вказано у цій статті. Наприклад, вказати:

- 1) обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, та викласти ці обставини;
- 2) докази, що підтверджують кожну обставину, перелік цих доказів, їх основний зміст, значення для справи та вказівка на те, які обставини конкретний доказ підтверджує;
- 3) зміст позовних вимог.

Такий поділ дозволяє судді швидко перевірити наявність реквізитів позовної заяви, втім певною мірою порушує логічну стрункість її викладу.

Під час складання заяви виникає питання про те, що розуміється під змістом позовних вимог. Оскільки за змістом позовна заява є зверненням позивача до суду за захистом порушеного права, то «позовні вимоги — це обраний позивачем спосіб захисту права, який здійснюється судом шляхом визнання прав, відновлення становища, яке існувало до порушення права, і припинення дій, які порушують право, присудження до виконання обов'язку в натурі, компенсації моральної шкоди, припинення або зміни правовідносин, стягнення з особи завданих збитків, неустойки (штрафу, пені), а також іншими методами, які передбачено законом»²⁴⁵. «Юридичний словник» під змістом позовних вимог розуміє «виклад обставин справи, з яких випливають права та обов'язки суб'єктів»²⁴⁶.

У результаті ставиться знак рівності між обставинами справи

²⁴⁵ Зейкан Я. П. *Захист прав та інтересів в арбітражному суді*. — К., 2001. — С. 30.

²⁴⁶ *Юридичний словник / за ред. Б. М. Бабія*. — К., 1983. — С. 579.

і змістом вимоги, що вносить неясність у з'ясування проблеми. На практиці адвокати пишуть: «Позовна заява про визнання ордеру недійсним, виселення і визнання права на житлову площу» або «Позовна заява про зміну умов договору найму житлового приміщення», «Позовна заява про відшкодування шкоди, причиненої ушкодженням здоров'я», «Позовна заява про захист честі та гідності і відшкодування моральної шкоди», «Позовна заява про витребування майна з чужого незаконного володіння (віддикаційний позов)», «Позовна заява про відшкодування шкоди, заподіяної дорожньо-транспортною пригодою», «Позовна заява про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди (в порядку регресу)», «Позовна заява про зміну часток власників житлового будинку» тощо. У цих формулах коротко вказано зміст позовних вимог, а в прохальній частині позовної заяви викладено конкретну вимогу, яку просить позивач постановити у рішенні.

«Позовна заява за обсягом не має бути більше двох сторінок. Це «золоте правило» адвоката. Текст позовної заяви друкують на якісному папері, без виправлень і підчисток. Якщо обсяг матеріалів, які потрібно довести до відома суду, значно більший за дві сторінки, то варто вичленити всі допоміжні фрагменти й розмістити їх в окремих додатках до позовної заяви»²⁴⁷. Проте не завжди вдається викласти вимоги у позовній заяві так стисло.

Відповідно до ст. 27 ЦПК учасники процесу мають право подавати докази, брати участь у їх дослідженні, давати усні та письмові пояснення судові, подавати свої доводи, міркування та заперечення. Отже, частина інформації може бути подана у формі письмових пояснень, доводів, міркувань і заперечень. Ці права якимось залишаються поза увагою спеціалістів права. Між іншим, у судовому засіданні з реалізацією цих прав виникають труднощі. Судді нерідко переривають учасників процесу і не знаходять часу для того, щоб вони висловили всі свої доводи, міркування та заперечення, наголошуючи, що про це можна сказати в дебатах. Вбачається, що ст. 27 ЦПК потребує нового прочитання та з'ясування можливостей кожного учасника процесу викласти свої доводи, міркування та заперечення.

У позовній заяві слід уникати загальних фраз та аргументації з посиленням «на звичай ділового обігу», «здоровий глузд». Зайвою буде і патетика на захист державних і громадських інтересів, недобір дер-

²⁴⁷ Зейкан Я. П. *Захист прав та інтересів в арбітражному суді*. — К., 2001. — С. 16 — 17.

жавних податків через неправильні дії сторони тощо. Для цього є прокуратура та податкова служба.

Писати сухо, лаконічно і точно — рідкісне мистецтво. Саме тому позовну заяву складають, використовуючи відшліфовані часом і практикою формулювання. Не слід уникати у заяві запозичень вдалих фраз як із опублікованої судової практики, так і з документів відомих юристів. У цьому контексті заслуговують на увагу тексти рішень Верховного Суду України та рішення Європейського суду з прав людини, в яких можна знайти вдалі й не затерті вирази і долучити їх до тексту заяви.

Не слід вражати суддів красномовністю й рідковживаними та малозрозумілими словами. Звернення до суду (якщо позивач — юридична особа) слід викладати від юридичної особи, а не особисто від директора або його заступника. Що стосується фізичних осіб, то і тут звернення, що носять особистий характер, треба використовувати мінімально. Позивач взаємодіє, як правило, не із суддею, а з судом. Тому і документи, направлені до суду, навіть якщо відомий суддя, адресують на ім'я суду. І все ж для зручності роботи апарату суду, направляючи документ, доцільно позначати прізвище судді та номер справи, якщо він відомий.

Є низка загальних, перевіrenих судовою практикою вимог до позовної заяви як текстового документа. Слід уникати красивих фраз загального характеру на кшталт: «підрив ділової репутації», «скорочення сегменту діяльності» або різного роду жаргонізмів. Судді такі фрази сприймають роздратовано, бо вони відволікають від суті спору і не несуть смислового навантаження.

У позовній заяві не має бути довгих речень, стилістичних або логічних повторень. Рекомендований розмір абзаців — не більше 5 рядків. Не слід нагромаджувати текст цифрами, використовуючи їх не більше 3-5 на сторінку. Не варто використовувати питальні речення, знаки оклику, риторичні звороти. Якщо у справі йдеться про один документ, потрібно лише один раз вказати його номер і дату, наприклад: «Договір міні від 17.09.2001», і надалі називати його «Договір».

Вказуючи на допущені відповідачем порушення, слід якомога точніше використовувати звороти, що містяться в нормах кодексів або договорів. Замість «зруйнував будинок» краще записати «заподіяв шкоду будинку», замість «не здійснив поставки» — «не виконав або неналежно виконав зобов'язання», замість «продав несправний товар» — «продав річ неналежної якості», замість «поставив мало товару» — «порушив умови договору про кількість», замість «не-

своєчасно поставив» — краще «порушив умови договору про строки» тощо. Слід уникати слів, які мають емоційне забарвлення: «дуже», «сильно», «нечесно»²⁴⁸.

У правовій літературі для різних видів позовних заяв розроблено шаблони та зразки. Вони полегшують роботу адвоката, тому ними можна і треба користуватися. Разом з тим складання позовної заяви — процес творчий. Відтак, використовуючи шаблон, слід урахувувати особливості конкретної справи, її фактичний та юридичний склад і за потреби відступати від усталеного викладу фабули справи. На практиці може виникнути питання про можливість надсилання позовної заяви у вигляді телеграми. Наприклад, заявник не встигає зібрати потрібні докази або тимчасово перебуває за межами країни і, щоб не пропустити строк позовної давності, надсилає позовну заяву у вигляді телеграми. В цьому випадку позивач усвідомлює, що телеграма не забезпечує вимог закону, крім форми (письмовий документ) та змісту.

Вважаю, що й у цьому випадку суд має відповідним чином заереєструвати та передати судді в порядку черговості такий документ, а суддя має надати строк для усунення недоліків. У телеграмі позивач може просити про надання певного строку для усунення недоліків у зв'язку з особливим обставинами, в яких він перебуває.

Якщо позивач у встановлений строк виконає вимоги, на які вказав суд, то позовна заява вважається поданою у день первісного її подання до суду. Інакше заява вважається неподаною і повертається позивачеві.

Позивачу до відкриття провадження надається право подати заяву про повернення йому позову. Адвокати й інші правники швидко оцінили цю новелу. Вона використовується для того, щоб справа не потрапила до небажаного позивачу судді. При цьому позивач має надію, що у випадку повторного подання заяви справа може потрапити до іншого судді. Не секрет, що кваліфікація суддів буває різною. І якщо суддя має репутацію кваліфікованого та добросовісного юриста, то бажання, щоб справа потрапила саме до нього, є природним.

ЦК України створює нові можливості для захисту прав особи та заявляти в суд позови, які раніше не використовувались або майже не використовувались у судовій практиці. Зокрема, це позови про переведення прав покупця.

²⁴⁸ Зейкан Я. П. *Захист прав та інтересів в арбітражному суді*. — К., 2001. — С. 18 — 19.

ЗРАЗОК ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ

До Печерського районного суду м. Києва

Позивач

Шухевич Юрій-Богдан Романович

79044, м. Львів, вул. Чупринки, буд. 47, кв. 2

Позивач

Трильовська Марія-Софія Романівна

79005, м. Львів, вул. Тершаківців, буд. 1,
кв. 101

Представник позивача

Зейкан Ярослав Павлович

м. Київ, 04071, вул. Набережно-Лугова, буд. 9
тел. 8-067-310-33-03

Відповідач

Симоненко Петро Миколайович

01133, м. Київ, бульвар Лесі Українки,
буд. 21-а, кв. 50

Позовна заява

про спростування недостовірної інформації

1. Обґрунтування права на пред'явлення позову.

У відповідності із ч. 4 ст. 32 Конституції України кожному гарантується судовий захист права спростувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації. Таким чином позивачі на підставі ст. 32 Конституції України мають право спростовувати неправдиву інформацію про свого батька, який загинув у боротьбі за свободу України і посмертно нагороджений званням Героя України.

У даному випадку не застосовуються норми п. 6 ст. 121 ГПК України, оскільки позивачі виступають від свого імені і на захист свого доброго імені та імені своєї сім'ї. Негативна інформація про їх батька, Шухевича Романа, порочить добре ім'я сім'ї, і, зокрема, дочки Трильовської Марії-Софії Романівни та сина, Героя України Юрія-Богдана Романовича. Покійний Роман Шухевич вже не може виступати в якості позивача, а отже в його інтересах позов і не може бути заявлено.

Стаття 277 ЦК (ч. 2) деталізує норму Конституції та встановлює, що право на відповідь, а також на спростування недостовірної інформації

щодо особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким родичам та іншим заінтересованим особам. Позивачі є дітьми Романа Шухевича, тобто близькими родичами, а тому мають право на спростування інформації.

2.Обставини, якими обґрунтовуються вимоги.

Відповідач Симоненко П. М. поширював публічно неправдиву інформацію про Романа Шухевича. Так, 30 травня 2007 р. на пленарному засіданні Верховної Ради України Симоненко П. М. заявив:

«Шухевич два Железних креста из рук Гитлера получил». Така інформація не відповідає дійсності.

11 квітня 2008 року по телеканалі «Інтер» Симоненко П. М. заявив: «Шухевич – предатель украинского народа».

Зазначена негативна оцінка діяльності Романа Шухевича не має під собою жодної підстави, водночас є такою, що принижує гідність членів його сім'ї, оскільки покладає на них клеймо – дітей зрадника українського народу. Шухевич Роман ніколи не зраджував українському народу. На вірність Радянському Союзу Шухевич не присягав. Керована ним Українська Повстанська Армія боролася як проти більшовицького бандитизму на теренах Західної України, так і проти німецьких завоювників. Відповідно до ч. 7 ст. 277 ЦПК України спростування недостовірної інформації здійснюється у такий же спосіб, у який вона була поширена.

3.Докази, якими підтверджується позов.

Наведені обставини підтверджуються:

Стенограмою виступу Симоненко 30 травня 2007 р. на пленарному засіданні Верховної Ради України, яку просимо витребувати з Верховної Ради України.

Виступом по телеканалі «Інтер» 11 квітня 2008 р. Симоненка П. М., де він сказав, що «Шухевич – предатель украинского народа». Виступ просимо витребувати від телеканалу «Інтер».

На підставі наведеного та керуючись ст. 32 Конституції України, ст. 277 ЦК України (ч. 2, ч. 7), статтями 119–121 ЦПК України

вимагаю:

Позов задовольнити. Спростувати інформацію, поширену Симоненком Петром Михайловичем про одержання Романом Шухевичем двох Залізних хрестів з рук Гітлера, як таку, що не відповідає дійсності та принижує честь і гідність дітей Шухевича.

Спростувати заяву Симоненка П. М. про те, що Шухевич Роман є зрадником українського народу, та визнати, що діяльність померлого нагородженого званням Героя України Романа Шухевича не може вважатися зрадою українського народу.

Додатки: Історична довідка, копія заяви,...

Історична довідка до позовної заяви про спростування недостовірної інформації

Питання щодо діяльності ОУН-УПА та батальйону «Нахтігаль» було неодноразово предметом досліджень авторитетних вчених – істориків. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 12 вересня 1997 року № 1004 на виконання доручення Президента України була утворена Урядова комісія з вивчення діяльності ОУН-УПА, завданням якої було з'ясування питань, пов'язаних з діяльністю ОУН-УПА, підготовка історичного та юридичного обґрунтування висновків щодо її діяльності.

До її складу увійшла група істориків: доктор історичних наук, професор С. Кульчицький (керівник групи), кандидат історичних наук, директор історичного музею Київського національного університету ім. Т. Шевченка І. Патриляк, історики Інституту історії НАН України О. Веселова, О. Вовк, А. Кентій та інші.

За результатами роботи Урядовою комісією було підготовлено фаховий висновок із діяльності ОУН і УПА, у якому всебічно, із зазначенням джерел, розглянуто ключові питання щодо діяльності ОУН-УПА, які викликають найбільш гострі дискусії в українському суспільстві. Вивчаючи це питання, історики дослідили також і діяльність батальйону «Нахтігаль», який очолював генерал Р. Шухевич.

Так, у висновку, зокрема, зазначено « ...У червні 1941 р. «Нахтігаль» був укомплектований старшинським складом і налічував 330 солдат... Батальйоном «Нахтігаль» з боку німців командував командир першого батальйону спецполку абверу «Бранденбург-800», а з боку українців – сотник Р. Шухевич. Зв'язковим старшиною був обер-лейтенант Т. Оберлендер, у минулому – професор Кенінгсберзького університету, спеціаліст з проблем СРСР.

В ніч на 30 червня 1941р. батальйон «Нахтігаль» увійшов до покинутого червоною армією Львова і до полудня зайняв всі стратегічні об'єкти, у тому числі радіостанцію. Заступник голови проводу ОУН(Б) Я. Стецько проголосив ввечері 30 червня Акт відновлення державної незалежності і повідомив про це по львівському радію. Ще одне повідомлення по радію було зроблене вранці 1-го липня. Одразу ж після цього військовослужбовці «Нахтігаль» отримали тижневу відпустку і змушені були передати всі стратегічні об'єкти під охорону прибулої німецької поліції...

... Окремо слід зупинитися на питанні про причетність «Нахтігаль» до розстрілів польської та єврейської інтелігенції у Львові 3-4 липня 1941 року. Питання розглядалося на Нюрнберзькому процесі 15 лютого і 30 серпня 1946 року. Генеральний прокурор СРСР Р. Руденко доповів про ці події, але не зміг назвати винних поіменно. Член політбюро Соціалістичної єдиної партії Німеччини і професор Берлінського університету А. Норден скористався цим, щоб у 1960 році звинуватити у злочинах західнонімецького міністра

Т. Оберлендера, оскільки останній був зв'язковим офіцером «Нахтігалю». Норден зробив усіх військовослужбовців цього батальйону автоматично причетними до злочину. В НДР швидко зібрали потрібні спогади і свідчення, видрукували книгу «Правда про Оберлендера» і заочно засудили міністра до довічного ув'язнення як воєнного злочинця. Однак західнонімецький суд визнав представлені докази непереконливими й виправдав Оберлендера. У 1966 році прокуратура Гамбурга на прохання уряду ПНР провела нове слідство у справі вбивства польських громадян у Львові 3-4 липня 1941 року. Було встановлено, що злочин здійснили за наказом бригаденфюрера СС Шенгарта. Отже, Оберлендер, якого канцлер К. Аденауер все-таки відправив у відставку, а з ним і батальйон «Нахтігаль», були реабілітовані.

Питання діяльності батальйону «Нахтігаль» у червні-липні 1941 року було більш детально висвітлено у книзі «Організація українських націоналістів і Українська повстанська армія», виданій Інститутом історії України Національної академії наук України, що є підсумковою публікацією напрацювань групи істориків Урядової комісії з вивчення діяльності ОУН-УПА. У ній також зазначені факти, що свідчать про непричетність батальйону «Нахтігаль» до масових вбивств у місті Львові.

Автори цієї книги, зокрема, зазначають: «... «Нахтігаль» був господарем у місті зазедве 5-6 годин, а на початку липня 1941 року до Львова почали прибувати окремі команди айнзацгрупи «С», призначеної для знищення «расово неповноцінного» населення північної частини України. Тобто на момент розстрілу професорів у Львові вже були «специ», для яких розстріли невинних людей вважалися «звичною роботою». Командир 1-го батальйону полку «Бранденбург-800» майор Гайнц, який в перші дні окупації Львова виконував обов'язки коменданта міста, у своїх спогадах зазначає: «Десять від обіду (30 червня 1941 року – авт.) вигляд Львова змінився. Усі вулиці були заповнені відділами маршируючого війська... Проте командир Герцнер щоденно подавав мені звіти і був першим з тих, хто інформував мене, що цивільні, в основному євреї, були зневажані найбільше комендатурою, яка була уже створена у Львові, а також спеціальною «зондеркомандою», яка з'явилася у місті для очищення його від руїн... Я обережно запитав Герцнера, чи хто-небудь із мого батальйону брав яку-небудь участь у звірствах. Він заперечив з обуренням... Я знав Герцнера як абсолютно чесну людину, тому не мав підстав не вірити йому. (арк. 65). ...Щодо активності вояків «Нахтігалю», то я ніколи не давав доручень офіцерам батальйону чи командирові Герцнерові на розстріли, брутальність до людей чи крадіжки».

...Підстаршина «Нахтігалю» М. Кальба згадував, що перед тим, як відпустити вояків на тижневу відпустку (1-7 липня) Р. Шухевич суворо наказав: «Не виконувати жодних наказів німців чи інших частин, крім наказів наших командирів», а далі порадив: «Не беріть нічиєї крові на свої руки.

Не допускайте жодних злочинів чи помсти на наших ворогах поляках чи жидах, бо це не наша справа займатися цим».

Очевидно, якщо подібний наказ дійсно існував, то Р. Шухевич намагався ним ще раз підкреслити, що легіон — це зародок армії і основне його завдання боротися на фронті, а для знищення «ворогів» із цивільного населення існують німецькі спецгрупи, оунівська Служба безпеки, міліція тощо.

Нагадаємо також, що до Львова вже о 5 годині ранку 1 серпня 1941 року ввійшла тисяча бійців із «айнзацгрупи С» доктора Раша, ще тисяча прибула наступного дня. Тож у місті вистачало німецьких поліційних спецсил для вчинення розправи і над професорами, і над мешканцями єврейських кварталів. Погром та екзекуції над останніми здійснював відділ карателів, очолюваний гауптштурмфюрером СС Ф. Ландау, який організаційно підпорядковувався «айнзацгрупі С» (арк. 66).

... Жоден свідок у 1945-1946 рр. не називав військовими злочинцями всіх бійців куреня «Нахтігаль» чи зв'язкового офіцера Т. Оберлендера. Подібної точки зору про непричетність абсолютної більшості «нахтігальців» до військових злочинів у Львові дотримувались у своїх працях і об'єктивні польські автори... (арк. 67).

... Таким чином, архівні документи засвідчують непричетність батальйону «Нахтігаль» до злочинів, вчинених гітлерівцями проти польського та єврейського населення Львова в липні 1941 року...» (арк. 71).

У цій книзі, крім зазначених, наведені також інші історичні факти, на підставі яких автори видання зробили висновок про непричетність батальйону «Нахтігаль» і його керівника Р. Шухевича до кривавих подій липня 1941 року у місті Львові.

Непричетність Р. Шухевича до зазначених подій була підтверджена на Громадських історичних слуханнях «Звинувачення проти «Нахтігаль»: історична правда чи політичні технології», які були проведені в Службі безпеки України 6 лютого 2008 р.

Додані до позовної заяви копії документів засвідчують, що очевидці «злочодіяний» «Нахтігаль» спеціально готувалися органами НКВС напередодні їх допитів у прокуратурі СРСР. Отже, говорили вони те, що їм було наказано говорити під страхом фізичної розправи. Така тактика радянського комуністичного режиму, яка постійно використовувалася з метою дискредитації політичних противників, давно відома.

Адвокат Ярослав Зейкан

У цій справі надана довідка, щоб показати, в якому історичному контексті відбувалися події, які стосуються предмету спору. Суд фор-

мально не враховує наведених обставин, але ознайомлення з ними має на нього певний вплив.

Приклад взято з реальної судової практики. Позовні вимоги були задоволені. Представник позивача, який готував позовну заяву, вважав за потрібне вказати у позовній заяві обґрунтування права на пред'явлення позову близькими родичами. Особливістю викладу є також те, що позовну заяву розділено на кілька частин відповідно до положень ст. 119 ЦПК. На прохання позивачів у заяві було вказано слово «вимагаємо» замість слова «просимо». З точки зору закону це не є помилкою. Адже позовна заява — це вимога.

ЗРАЗОК

Києво-Святошинський районний суд Київської області

Позивач: Лукаш Корній Кононович

04071, м. Київ, Гагаріна, 107, тел. 133-33-33,
ідентифікаційний номер 13333333

Відповідачі: Рушайло Влас Єлизарович

04071, м. Київ, вул. Гагаріна, 117, тел. 143-33-33,
ідентифікаційний номер 13663333

Лаврін Юхим Захарович

04071, м. Київ, вул. Гагаріна, 127,
тел. 143-73-33,
ідентифікаційний номер 13668883

Третя особа: Державна нотаріальна контора
04455, м. Київ, вул. Б. Хмельницького, 777

ПОЗОВНА ЗАЯВА

про переведення прав та обов'язків покупця

1. Обставини, які обґрунтовують позовні вимоги.

Відповідно до свідоцтва про право власності на спадщину я є співвласником 1/2 частки у праві спільної часткової власності житлового будинку, розташованого у селі Круглик Київської області (вул. Костопільська, 23). Друга частина цього будинку належала відповідачу Рушайлу В. Є., яку він продав сторонній особі, не повідомивши мене в установленому законом порядку.

Договір купівлі-продажу був укладений з покупцем Лавріним Юхимом Захаровичем 7 березня 2004 р. та посвідчений нотаріусом у державній нотаріальній конторі Костопільського району. Про укладення договору мені стало відомо від покупця у грудні 2004 р.

Відповідно до ст. 362 ЦК України продавець частки у праві спільної

часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, вказавши ціну й інші умови відчуження майна. Зазначену вимогу відповідачі та нотаріальна контора проігнорували.

Внаслідок таких дій моє першочергове право, передбачене ч. 1 ст. 362 ЦК України на купівлю-продаж будинку, істотно порушено. Згідно з ч. 4 ст. 362 ЦК України у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Одночасно позивач зобов'язаний внести на депозитний рахунок суду грошову суму, яку за договором має сплатити покупець. Відповідно до умов договору ця сума становить 20 тис. грн.

2. Докази, що підтверджують кожну обставину.

Факт продажу 1/2 будинку підтверджується договором купівлі-продажу, свідоцтвом про право власності на 1/2 будинку, виданим нотаріусом (п. 54 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 3 березня 2004 р. № 20/5), записом у Книзі реєстрації нерухомості, який здійснює Бюро технічної інвентаризації.

Належність мені 1/2 частини будинку підтверджується свідоцтвом про право власності на 1/2 частину будинку та довідкою Бюро технічної інвентаризації.

Внесення коштів на депозитний рахунок суду в сумі 120 тис. грн. підтверджується банківською випискою та квитанцією про перерахування коштів на рахунок суду.

На підставі ст. 3, 118, 119 ЦПК України, статей 362, 363 ЦК України **прошу:**

Позовні вимоги задовольнити. Перевести на мене права та обов'язки покупця на будинок, розташований у селі Круглик Київської області, вул. Костопільська, 23, за договором купівлі-продажу, посвідченим 7 березня 2004 року нотаріусом державної нотаріальної контори Костопільського району Київської області.

Додатки:

Договір купівлі-продажу від 7 березня 2004 р. (копія);

Свідоцтво про право власності на 1/2 будинку в с. Круглик Київської області;

довідка Бюро технічної інвентаризації;

банківська виписка та квитанція про перерахування 20 тис. грн. на депозит суду;

копії позовної заяви (2 примірники);

Квитанція про сплату судового збору

К. Лукаш

20 січня 2005 року

ПРИКЛАД

Києво-Святошинський районний суд Київської області

Позивач: Лукаш Валерія Петрівна

04071, м. Київ, вул. Гагаріна, 107,

тел. 133-33-33,

ідентифікаційний номер 13333333

Відповідач: Лукаш Влас Єлизарович

04071, м. Київ, вул. Гагаріна, 117, тел. 143-33-33,

ідентифікаційний номер 13663333

ПОЗОВНА ЗАЯВА про визнання шлюбу недійсним

1. Обставини, які обґрунтовують позовні вимоги.

З відповідачем ми познайомились в серпні 2011 року. В липні 2012 року він запропонував мені вступити в шлюб «про людське око», оскільки його запросили працювати за кордоном, а умовою контракту є наявність шлюбу.

Відповідач запропонував мені за це 1500 доларів США за моральні незручності. Шлюб було зареєстровано у відділі запису актів цивільного стану, актовий запис № 22 від 23 липня 2012 р. Ніяких стосунків між нами після реєстрації шлюбу не було.

Ми домовились, що в жовтні 2015 року, коли відповідач відпрацює за контрактом, ми розірвемо шлюб.

20 жовтня 2015 року відповідач приїхав додому, але розривати шлюб відмовився та звернувся до моїх батьків, заявляючи, що я його законна дружина і повинна жити разом з ним у його квартирі.

Проте, вважаю, що даний шлюб не породжує сімейних правовідносин, є по своїй суті фіктивним, а тому недійсний з моменту його укладення.

2. Докази, якими підтверджується позов.

Наведені обставини можуть підтвердити М. і С., які були свідками у справі і після реєстрації актового запису особисто почули від відповідача, що цей шлюб укладався про людське око.

З урахуванням наведених обставин та керуючись ч. 2 ст. 40 СК України та т. 3,119 ЦПК України,

ПРОШУ:

Визнати шлюб, який зареєстрований у відділі державної реєстрації актів цивільного стану в Києво-Святошинському районі Київської

області 23 липня 2012 р. (актовий запис № 22), недійсним.

Додатки:

Свідоцтво про шлюб

Довідка з місця проживання про склад сім'ї

Документ, що підтверджує сплату судового збору,

Копія позовної заяви

Дата, підпис

Здійснюючи підготовку, адвокат повинен продумати свої змагальні документи так, щоб вони були максимально зручними для їх використання судом. У зв'язку з цим заслуговує на увагу подання змагальних документів також і в електронному вигляді.

Приклад. У січні 1997 р. суддя ухвалив рішення про визнання ордера, виданого на квартиру в ЖБК, недійсним. Позов подало Головне житлове управління КМДА. У січні 1997 р. судова практика чітко стояла на позиції, що місцеві органи влади не можуть подавати позов про визнання ордера недійсним у житлово-будівельному кооперативі. Вважаю таку позицію правильною і на сьогодні, хоча Верховний Суд України зайняв іншу позицію. Право на квартиру в ЖБК набувається через членство в кооперативі. Відносини у кооперативі регулюються статутом ЖБК, і ордер лише фіксує, що член кооперативу має право на конкретну квартиру. Визнання ордера недійсним не означає, що члена кооперативу виключено з його складу.

Помилково прийнятий у січні 1997 року позов вирішувався понад 12 років. За цей час кілька разів скасовував рішення судів Верховний Суд України. Однак суди першої інстанції впродовж 12 років не наважувалися прийняти рішення на користь відповідача. І кожного разу судді упускали то одну, то іншу обставину, яка мала істотне значення для справи.

А все тому, що судді першої інстанції не оцінювали обставин справи в їх сукупності та не виконували вказівок Верховного Суду України, який двічі скасовував справу та направляв її на новий розгляд. Після того як справу було передано досвідченому судді, який усебічно вивчив доводи сторін, у задоволенні позову про визнання ордера недійсним було відмовлено та задоволено зустрічні вимоги про визнання квартири власністю члена ЖБК, який сплатив за неї повну вартість. Апеляційний суд залишив рішення у силі.

У цій ситуації визначальною була саме висока кваліфікація судді першої інстанції, який не залишив жодної шпаринки для того, щоб

залишилися аргументи для оскарження рішення, на що наголосив у судовому засіданні і суддя-доповідач апеляційного суду, відхиляючи клопотання адвоката-представника.²⁴⁹

Але для підготування такого рішення судді довелося б витратити кілька днів. Навантаження суддів справами обмежує їх у часі для написання рішень. Особливістю цієї справи було і те, що суддя використав подані (в тому числі і в електронному вигляді) письмові пояснення адвоката, які містили по суті мотивувальну частину рішення. Такі пояснення є змагальним документом і заслуговують на увагу адвокатського товариства.

Не зовсім зрозуміло, в який спосіб суддя може впевнитись, що заява подана недієздатною особою, якщо така заява, наприклад, надіслана поштою. Так само може виникнути проблема з поданням заяви про розірвання шлюбу під час вагітності дружини, якщо ні у заяві, ні в інших документах немає відомостей про вагітність. Ці обставини можуть бути з'ясовані здебільшого тільки після надіслання копії ухвали про відкриття провадження у справі й одержання заперечень відповідача.

Іноді виникають нестандартні ситуації.

Приклад: *Дружина, громадянка Латвії, подала позов про розірвання шлюбу з чоловіком, який був громадянином США, але проживав в Росії. Вона була вагітна, про що не знав її чоловік. Отже, вона не мала права подавати позов. Не відкрила вона факт вагітності і своєму адвокату. Справа вирішувалась в одному з судів столиці, оскільки позивачка проживала в Києві. Адвокат, який представляв її чоловіка, поставив вимогу, щоб дружина дала пояснення в судовому засіданні. Вона з'явилася в судове засідання, але на цей момент її вагітність ще не була очевидною. Батьком цієї дитини був не її чоловік, а зовсім інша особа. Суд дав строк на примирення 6 місяців. Звісно, що на момент закінчення строку для примирення вагітність була очевидною і позивачка вже знаходилась в лікарні у Швейцарії. Адвокат позивачки був вимушений скрити факт вагітності та наполягати на розлученні. Суд розірвав цей шлюб, а в апеляції не знайшли підстав для скасування цього рішення.*

Позовна заява повертається у випадку, якщо її подано особою, яка не має повноважень на ведення справи. Повернення може мати місце також у разі, коли позовна заява підписана представником, який, згідно з довіреністю, обмежений у праві підписувати та подавати позов або довіреність якого не оформлено належним чином. Повернення позовної

²⁴⁹З архіву автора.

заяви не перешкоджає повторному зверненню, якщо припинять існування обставини, що стали підставою для повернення заяви.

Позовна заява повертається також у випадку, якщо справа не підсудна цьому суду.

Ухвала про повернення позовної заяви (копія) надсилається позивачеві рекомендованим поштовим відправленням з повідомленням під розписку про її одержання. У разі надходження апеляції на ухвалу позовна заява разом з матеріалами направляється до апеляційного суду.

У випадку ненадходження апеляційної скарги позовна заява разом з документами надсилається рекомендованим поштовим відправленням з повідомленням під розписку позивачеві. Оригінал ухвали зберігається у суді в порядку, визначеному для розглянутих судових справ. Правила, встановлені в цій статті, стосуються і заяви про видання судового наказу, і заяв, що подаються у порядку окремого провадження.

Частина 1 ст. 3 ЦПК передбачено, що за захистом своїх порушених прав має право звернутися кожна особа. Отже, у позивача має бути юридична заінтересованість. «Тому позивач у позовній заяві має вказати про свою заінтересованість у справі, пославшись на зв'язок зі спірними матеріальними правовідносинами, а також на заінтересованість у справі відповідача. Відсутність у заяві особи посилання на свою заінтересованість деякі вчені розглядають як підставу для відмови у прийнятті заяви до провадження суду.

Проте таке право суду не знайшло чіткого нормативного обґрунтування в ЦПК. Заінтересованість особи, яка звертається до суду, пов'язана із її конституційним правом звертатися за судовим захистом. При цьому позивач може й добросовісно помилятися в наявності у нього суб'єктивного матеріального права, однак з цієї підстави суддя не може відмовити у відкритті провадження у цивільній справі, а розглянувши справу по суті та не встановивши юридичної заінтересованості у справі позивача, суд відмовляє у задоволенні позову»²⁵⁰.

²⁵⁰Балюк М. І., Луспенік Д. Д. *Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України. Цивільний процес у питаннях і відповідях.* — Х. : Харків юридичний, 2008. — С. 237.

ПІСЛЯМОВА

Цивільні справи, як правило, значно складніші за кримінальні. Адвокат, який бере участь у цивільній справі, повинен не тільки моделювати ситуацію з наявних доказових матеріалів, але і проявляти творчий підхід, особливо в процесі підготовки до справи.

Майже в кожній цивільній справі залишається елемент невизначеності, оскільки дуже важко передбачити кроки протилежної сторони і те, яких свідків і які докази запропонує друга сторона.

В ідеалі, цивільна справа повинна бути підготовлена так, щоб суд її вирішив в одному засіданні.

І потрібно пам'ятати, як наголошує професор Зорислава Ромовська: «Усе нове — на кінчику адвокатського пера»! Адвокат повинен творчо застосовувати як норми національного законодавства, так і рішення Європейського Суду, які є частиною законодавства України.

Наступний посібник буде присвячено роботі адвоката у цивільному процесі у першій інстанції.

Практичний посібник

Ярослав Павлович Зейкан

**ПІДГОТОВКА АДВОКАТА
ДО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

Редактор *М. Ковтун*
Коректори *М. Брусенцова-Журенко, О. Дуднік,
Л. Півкач, О. Тютюнник, Т. Шило*
Набір *К. В'юнник*
Комп'ютерна верстка *Є. Буданцев*

Підписано до друку 17.01.2017. Формат 60x84^{1/16}.
Умов. друк. арк. 10,23.
Друк офсетний. Тираж 5000 прим. Зам. № 1700262.

Видавничий будинок «Фактор»,
вул. Сумська, 106а, м. Харків, 61002.
Тел. (057) 76-500-76.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої
справи до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
від 15.04.2011 р., серія ДК № 4047.

Віддруковано згідно з наданим оригінал-макетом
у друкарні «Фактор-Друк»:
вул. Саратівська, 51, м. Харків, 61030.
Тел. (057) 717-53-55.

ISBN 978-966-180-713-5

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор», 2017

